جواهر الكلام

« في شرح شرائع الإسلام »

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسن النجفي

المتوفى سنة ١٢٦٦

الجزء الثامن والعشرون

قوبل بنسخة الأصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حققه و علق عليه

الشيخ علي الآخوندي

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

كتاب الوقوف والصدقات

﴿و﴾ تمام ﴿النظر﴾ فيه يحصل ﴿فى العقد ، والشرائط ، واللواحق﴾

﴿الأول : الوقف عقد ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة﴾ كما في القواعد والتنقيح وإيضاح النافع والكفاية على ما حكى عن بعضها بل وفي النافع واللمعة أيضاً لكن ترك ذكر العقد ، كما هو المحكى عن المبسوط ، وفقه القرآن للزاوندى والوسيلة والسرائر والجامع والمهذب البارع ، ومجمع البرهان إلاّ أنّه تبديل الإطلاق بالتسبيل كما في النبوى[1] «حبّس الأصل وسبّل المنفعة» إلاّ انّ المتأخرين أبدلوه بالاطلاق لما قيل من أنّه أظهر في المراد من التسبيل الّذي هو اباحتها للجهة الموقوف عليها بحيث يتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك ، لكن فى الصحاح سبّل فلان ضيعته أى جعلها فى سبيل الله تعالى ، ومن هنا كان التعبير بالتسبيل أولى ، بناء على ارادة ذلك من الإطلاق القابل للتحبيس كما هو مقتضى ابداله بذلك فى المتن وغيره لاشعاره باعتبار القربة حينئذٍ وأنّه من الصدقات ، كما فى النهاية ومحكى المراسم أنّ الوقف والصدقة شيء واحد ولعله لذا عرّفه فى الدروس بأنه الصدقة الجارية ، بل فى المسالك ومحكى التذكرة والمهذب البارع والتنقيح «قال العلماء : المراد بالصدقة الجارية الوقف» .

وعلى كل حال فقد ذكرنا غير مرّة أن المقصود من أمثال هذه التعاريف التميز فى الجملة ، فلا ينبغى نقض تعريف المصنف بالسكنى وأختيها ، والحبس ، وتعريف الدروس بنذر الصدقة والوصية ولا الجواب عن الأول بارادة الحبس على الدوام ، وكان الاختلاف فى ذكر العقد

---

(١) المستدرك ج ٢ص ٥١١ لكن فيه «وسبل الثمرة» .

وعدمه على نحو ما سمعته في البيع ونحوه من أنها إسم للعقود ، أو للمعنى الحاصل منها ، وإن لم نقل بمشروعية المعاطاة فيه ، أو لما تسمعه من الخلاف باعتبار القبول فيه وعدمه ، المقتضى للإختلاف في عقد أولاً كما ستسمع .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿اللفظ الصريح فيه وقفت﴾ بلا خلاف كما في المسالك ، ومحكي التذكرة وجامع المقاصد ، بل في محكي السرائر والتحرير والتنقيح وإيضاح النافع الإجماع على صراحتها فيه .

نعم عن الشافعي في بعض أقواله أنها كناية عن الوقف ، وعن الفاضل في التذكرة أنّه من أغرب الأشياء ، ونفى الغرابة عنه بعض متأخر المتأخرين باستعمال لفظ الوقف في مجرّد الحبس والسكنى والرقبى والعمرى ، في صحيح ابن مهزيار[1] ، والصفار[2] وفيه أنّ الإستعمال مجازا لا ينافي الصراحة المراد منها وضع اللفظ لذلك كما هو واضح .

نعم الظاهر أنها الصريحة ﴿ أما ﴾ وفي بعض اللغات الشاذة أوقفت ، ولا بأس بالعقد بها على شذوذها ﴿ أما ﴾ لفظ ﴿ حرمت وتصدقت﴾ فلا خلاف في عدم صراحتها فيه كما اعترف به غير واحد بل حكى الإجماع في المسالك ، ومحكي التنقيح ﴿ فلا يحمل على الوقف إلاّ مع القرينة لاحتمالها مع الإنفراد ﴾ عن قرينة حال أو مقال ﴿ غير الوقف ﴾ لاشتراكها بينه وبين غيره .

﴿و﴾ لكن ﴿لو نوى بذلك الوقف من دون القرينة ديّن بنيته﴾ كما عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر وغيرها من كتب المتأخّرين ، بل لا أجد فيه خلافا كما اعترف به بعض مشايخنا . بل ولا في أنّه يدان بنيّته إن لم يقصد الوقف بما هو صريح فيه إذا لم يكن له معارض . لكن قد يشكل الأوّل بعدم الاجتزاء بمثل ذلك في غيره من العقود اللازمة ، بل المشهور فيما بينهم عدم انعقادها بالمجازات ، وإن كان خلاف المختار إلاّ أنّه على كلّ حال لا بد من اعتبار الدال على القصد في حصول أصل العقد ، لا الحكم به ، لأنّه المتيقن من السببيّة وإن لم

(١و٢) الوسائل الباب -٧- من أبواب احكام الوقوف - الحديث -١ -٢ .

نجد في المقام دليلاً مخصوصاً ، ودعوى – أنّ هذا العقد ليس من الخطاب الّذى يراد به إفهام الغير حتى يعتبر فيه ذكر القرينة – تستلزم الاكتفاء بذلك في غيره من العقود ، فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فالمراد من الإدانه بنيّته هو ايكاله إلى دينه وقصده فيما بينه وبين ربه ، فيعامل كلا منهما معاملة حاله فى الواقع مع فرض عدم المعارض .

﴿نعم لو أقرّ أنه قصد ذلك﴾ أي الوقف بالكناية ﴿حكم عليه بظاهر الاقرار﴾ في الظاهر فيكون كالصريح حينئذٍ من هذه الجهة ، وأن بقي حكم الادانة بحاله في الواقع أيضاً ، هذا .

وفي محكى التذكرة إذا أتى بالكناية فالمقترن الزايد عليه إما لفظ أو نية ، فاللفظ أن يقرن إليه صدقة موقوفة أو محبّسة إلى أن قال : وأما النية فينظر إن أضاف اللفظ إلى جهة عامّة كأن قال : تصدقت بهذا على المساكين بنية الوقف ، فالأقرب إلحاقه بالصحيح ، وإن أضافه إلى معّين ، فقال : تصدقت عليكم أو عليك لم يكن وقفا على الأقوى وفي المسالك وغيرها أنّ الفرق غير واضح ، إلاّ أنه لم يحك عن التذكرة كما حكيناه ، وقد يقال : إنّ مراده من عدم الحكم بوقفه وإن نواه لعدم ما يقتضى التأبيد .

ثمّ إنه قد يظهر من عبارة المصنّف وما شابهها أنّ اللفظين صيغة واحدة للوقف باعتبار إفراد الضمير الراجع إليهما ولعله لذا قال في الدروس ، ان ظاهر الأصحاب يدّل على أنّهما صيغة واحدة ، فلا تغني الثانية عن الأولى ، وتغنى الأولى مع القرينة ولو قال : جعلته وقفاً أو صدقة مؤبّدة محرّمة كفى لكن في المسالك «أن ما ادعاه من الظاهر غير ظاهر» .

قلت : قد عرفت الأشعار في المتن وما شابهه ، نعم قد يناقش–فيما ذكر من الفرق بين الأولى والثانية – بأنّه لا دليل عليه ، بل فى محكى التذكرة «وأما حرمت هذه البقعة للمساكين أو أبّدتها ، أود أرى محرّمة أو مؤبّدة ، فالأقرب أنها كناية عن الوقف ، فإن انضمّ إليها قرينة تدل على الوقف صارت كالصريح ، وإلاّ فلا ، وكذا عن غيرها .

نعم حكى فيها عن أظهر وجهي الشافعية المنع فى حرمت وأبدت لعدم استعمالها مستقلّين ،

وإنما يؤكّد بهما غيرهما ، وأما ما ذكره أخيراً فلا أجد فيه خلافاً .

نعم في المسالك بعد أن استحسنه قال : إلاّ انّ فيه خروجاً عن صيغة الوقف المنقولة ، وظاهرهم عدم المساحة في مثل ذلك ، وإن كان الأقوى الاكتفاء في كلّ لفظ يدلّ على المطلوب صريحاً .

قلت : هو كذلك في غير المقام ، أما فيه فمساحتهم فيه في غاية الظهور ، نعم هو ليس صريحاً في الإصطلاح الّذي هو وضع اللفظ لخصوص المعنى .

﴿ولو قال حبّست أو سبّلت قيل : يصير وقفاً وأن تجرد لقوله ﷺ [1] «حبّس الأصل وسبّل الثمرة﴾ فيكون صريحاً في الوقف كما عن الخلاف والغنية والجامع والتذكرة والكيدريّ ، بل في الأوّل الاجماع عليه ﴿وقيل لا يكون وقفا إلاّ مع القرينة﴾كما عن الأكثر لعدم الوضع له والإستعمال أعم ﴿اذ ليس ذلك عرفا مستقراً بحيث يفهم (عند)الاطلاق﴾ لا أقلّ من الشك والأصل بقاء الملك ، ﴿و﴾ لا ريب في أنّ ﴿هذا أشبه﴾بأصالة عدم النقل والإنتقال ، وعدم ترتب أثر الوقف وأحكامه ، خصوصاً مع معلومية إشتراك كلّ منهما معنى بين الوقف وغيره ، والخبر إنّما يدلّ على حصول الوقف بهما معا ، لا بكلّ واحد منهما ، فيكون صريحاً فى عدم صراحتها الّتي هي بمعنى وضع اللفظ للوقف الّذي معناه مركّب من معناهما ، كما هو واضح بأدنى تأمل . هذا بل هما معا لا يقومان مقام وقفت في الصراحة ، لاشتراكها بين الوقف وبين الحبس ، بل لعلها في الثاني أظهر ، وربما توهم من عدم تعرض المصنف للقبول ، عدم اعتباره فيه ، وكذا غيره .

ولكن فيه أنّه يمكن اكتفاء المصنف عنه بذكر كونه عقداً ، ومن المعلوم اعتباره في معناه ، وعدم ذكره بالخصوص لعدم النزاع فى خصوص ألفاظ له ، إذ هو ما يدلّ على قبول ذلك الايجاب ، ولذا ترك ذكره المصنف فيما تقدم من بعض العقود الجايزة المعلوم اعتباره فيه ، على أنّه سيأتى له التصريح بعدم اعتباره فى خصوص ما إذا كان على جهة عامة ، وهو كالصريح

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ .

في اعتباره فيه فى غيرها ، ونحوه غيره ممن ذكره فى قسم العقود ، بل في جامع المقاصد والمسالك أطباق الأصحاب على أنه من قسمها مؤيداً ذلك كلّه بمعلومية عدم دخول عين أو منفعة بسبب اختياري ابتداء في ملك الغير من دون قبول ، مع أنّه لو كان لاتّجه كونه حينئذٍ من قسم الإيقاع ، فلا يبطله الردّ ، وهو مناف لما صرّح به جماعة من البطلان به ، وإن لم نقل باشتراط القبول ، بل عن ظاهر الإيضاح وجامع المقاصد أنه لاخلاف فيه بيننا ، وأن المخالف فيه إنمّا هو بعض الشافعية وحينئذٍ فعدم اشتراطه فيه مطلقاً — كما عساه يتوهّم من عدم ذكر جماعة له في غير محلّه .

نعم قد صرّح المصنّف ومن تأخر عنه كالفاضل والشهيدين وغيرهم بعدم الحاجة إليه فى الوقف على الجهات العامة ، لعدم القابل للقبول فيها ، ولما عساه يظهر من المحكيّ من صدقات أمير المؤمنين عليه‌السلام والزهراء عليها‌السلام والصادق عليه‌السلام [1] المشتملة على ذكر انشاء الايجاب بدون قبول ، ولأنّ الأصل عدم إشتراطه بعد تناول المطلقات للمجرد عنه ، إلاّ أنّ الجميع كما ترى ، ضرورة عدم اقتضاء الأوّل الصحة بلا قبول ، بل بعد فرض الدليل على اعتباره ، يتجه عدم الصحة فيها حينئذٍ ، على أن قبول الولي العام كالحاكم أو منصوبه ممكن ، بل ربما يستفاد من بعض الأدلة الآتية في القبض الاكتفاء بقبول من يجعله قيّماً لها ، ولو نفسه كالقبض ولعلّه على ذلك ينزل ما وقع من صدقاتهم بناء على أنها من الوقف ، لا قسم مستقل برأسه ، يثبت مشروعيته من هذه الروايات ، لخلوّها عن التصريح بكونه وقفا ، ولا بعد في دعوى مشروعية مثل هذا التسبيل بهذه النصوص ، وإن لم أجد من احتمله .

وأما الأصل فيقتضى اعتباره ، لا عدمه ، لما سمعت من أن مقتضاه عدم ترتب الأثر ، والمطلقات لا تتناوله ، بعد فرض الشك في معناه ، وأنّه من قسم العقود المعتبر فيها المعنى الإرتباطي بين اثنين أولا ، بل من ذلك ينقدح قوة اعتباره مطلقاً على نحو غيره من العقود ، حتى في الفورية والعربية وغيرهما ، ضرورة ظهور النصوص أجمع في كونه قسما واحداً ، وقد عرفت المفروغية من اعتبار القبول فيه في الجملة ، اذ القول بعدم اعتباره مطلقاً وأنّه فك ملك

---

(١) الوسائل الباب —١— من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

كالتحرير في غاية السقوط ، بل لم نعرفه قولاً لأحد من المعتبرين وإنّما يذكر احتمالاً ، وتهجّسا ، فالوحدة المزبورة حينئذٍ تقتضي اعتباره أيضاً حتى في الجهات العامة ، بعد فرض مشروعيته فيها ، على نحو فرض مشروعية غيره من العقود فيها ، من الصدقة وغيرها ، وإلّا كان للوقف معنيان أحدهما عقديّ ، والآخر إيقاعيّ ، وهو مناف للوحدة المزبورة ، كما هو واضح ونافع وموافق للذوق السليم .

نعم قد يقال : إنّ الأصل يقتضي عدم اعتبار القربة في صحته ، وإن كان هو خيرة الفاضل في القواعد ، للأصل بعد اندراج فاقدها بناء على ما ذكرناه في العقود المأمور بالوفاء بها ، وفي نحو قوله[1] «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» وقوله صلى الله عليه وآله[2] «حبّس الأصل وسبّل الثمرة» ونحوها ، وإطلاق الصدقة عليه في كثير من النصوص – بل لم يذكر فيما ورد ممّا أوقفوه عليهم السلام إلّا بلفظ الصدقة ، ومن المعلوم اعتبار القربة فيها خصوصاً بعد الصحيحين[3] «لا صدقة ولا عتق إلّا ما أريد به وجه الله عزّ وجلّ» بل هو دالٌّ عليه في الفرض ، بناء على إرادة الوقف منه أو ما يشمله ، وارادة نفي الصحة فيه كما هو الأقرب للحقيقة لا الكمال ، بل لو سلّم إطلاقها عليه من باب المجاز فهو من التشبيه البليغ أو الإستعارة المقتضيين للمشاركة في الأحكام الظاهرة الّتي لا شك في كون القربة منها ، مؤيّداً ذلك كلّه بما صرّح به في وقوفهم من وقوع ذلك منهم ابتغاء وجه الله – لا يقتضي ذلك ، ضرورة عدم اقتضاء شيء من ذلك أنّ الوقف جميعه من الصدقة ، بل أقصاه أنّ منه ما يكون كذلك . وهو ما قصد به وجه الله تعالى ، وهو الّذي وقع منهم عليهم السلام ولذا اتبعوه بذلك ، ولا دلالة فيه على اعتبارها في صحّته على وجه ، بحيث لو وقف على ولده ونحوهم من دون ملاحظة القربة يكون باطلاً ، مع أن مقتضى ما سمعته من الاطلاقات صحته ، وما من الغنية والسرائر من الاجماع على ذلك لم نتحققه ، لخلو كثير من عبارات الأصحاب المشتملة على بيان شرائطه عنه .

---

(١) الوسائل الباب – ٢– من أبواب أحكام الوقوف والصدقات .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ .

(٣) الوسائل الباب – ١٣ – من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ٢ – ٣ .

نعم قد يقال : باستفادة رجحانه في نفسه عند الشارع على نحو رجحان النكاح وهو غير اعتبار النيّة فيه على وجه يلحقه بالعبادات ، على بحث يأتي فيه ، أنّه هل هو اسم للصحيح منه أو للاعم، وأن القربة في الصيغة ، أو في القبض والإقباض وغير ذلك ممّا لا يخفى على الفقيه بأدنى ملاحظة القطع بعدمه ، خصوصاً بعد معلومية عدم اعتبار ما يعتبر في الصدقة في الموقوف عليه من فقر ونحوه ، بل ستسمع إن شاء الله تصريحهم بجوازه على الكافر، وبصحّة وقف الذمّي على البيع والكنايس ، ومنه ومن العامي المعلوم عدم صحّة عباداتها لفقد الايمان ، ولعله لذا وغيره اعترف غير واحد من المحققين هنا بعدم الدليل على الإشتراط هنا ، وفي الأوّل أي القبول بأن الأولى اعتباره حتّى في الجهات العامّة لما ظهر من ذلك ، فتأمل جيداً فإنّ كثيراً من الكلمات هنا غير نقية بل ظاهرة في التشويش من أهلها ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لا يلزم﴾ عقد الوقف ﴿ إلاّ بالاقباض﴾ الّذى هو القبض بالاذن فلكلّ منهما حينئذٍ فسخه قبله ، وهذا لا ينافي كونه مع ذلك من شرائط الصحة التي هي بمعنى ترتب الأثر من ملك الموقوف عليه المنفعة وغيره كما سيصرح به المصنف وغيره ، بل فرعوا عليه البطلان بموت الواقف قبله وغيره ، ضرورة كون المراد هنا بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامّة أو بيان أنّ وقوع العقد لا يقتضي وجوب الاقباض الّذى هو من شرائط الصحة ، وإن توهّم من نظير المقام جمعاً بين قوله تعالى[1] « أوفوا » وما دل على اعتباره في الصحة الّتي هي بمعنى ترتب الملك ونحوه إذ هو – مع أنّه مناف لآصالة البراءة وغيرها – لا يوافق ما دلّ هنا على اعتباره مما هو كالصريح بل صريح في الاذن بالفسخ قبل حصوله ، وأنه لا إثم عليه .

قال صفوان في الصحيح[2] : «سألت عن الرجل يوقف الضيعة ثمّ يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً ؟ فقال : إن كان وقفها لولده ولغيرهم ، ثمّ جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع ، وإن كانوا صغاراً ، وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها ، وإن كانوا كباراً ولم يسلّمها إليهم ، ولم يخاصموا حتّى يحوزونها عنه ، فله أن يرجع فيها ، لأنّهم لا يحوزونها عنه ، وقد بلغوا » .

(١) سورة المائدة الآية – ١ .
(٢) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب الوقوف الحديث ٢ و٨ .

وعن الأسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن العمري [1] عن صاحب الزمان روحي له الفداء «وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا وما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم، فصاحبه فيه بالخيار، وكلّ ما سلّم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه «إلى أن قال» : وأما ما سألت عنه من أمر الرجل الّذى يجعل لناحيتنا ضيعة ويسلمها من قيّم يقوم فيها ويعمرها ويؤدى من دخلها خراجها ومؤنتها، ويجعل ما بقى لنا من الدخل لناحيتنا، فإنّ ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيّماً عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره» لكن كما هما ترى غير صريحين، بل ولا ظاهرين في اشتراطه في الصحّة بمعنى ترتب الأثر الذي هو الملك ونحوه ضرورة انطباق ما فيهما على كونه شرطاً في اللزوم، وتظهر الثمرة في النماء المتخلّل بينهما.

لكن في جامع المقاصد والمسالك نفى الخلاف من كونه شرطاً فيها مكرراً، بل فيها الإجماع على ذلك، وإن كان قد يناقش بما قد يظهر من الغنية من كونه شرطاً في اللزوم حيث أنّه بعد أن ذكر شرايط الصحة، قال : «فأما قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه في ذلك فشرط في اللزوم» بل لعلّه صريحها بعد التأمل في جميع كلامه، وحينئذٍ يكون هو معقد إجماعها، بل لعله ظاهر اللمعة أيضاً حيث ذكر أوّلاً أنه لا يلزم بدون القبض بإذن الواقف، فلو مات قبله بطل، إلى أن قال، وشرطه التنجيز والدوام، إذ من المحتمل بل الظاهر كونه من العقود الجائزة فيلحقه حكمها من البطلان بالموت، ولو للنصوص الدالّة على ذلك في الصدقة بناء على إرادة الوقف منها، أو ما

نعم عبارة المصنف وما شابهها محتملة لإرادة الصحّة بقرينة تصريحه بعد ذلك بكونه من شرائطها أو من شرائطه الظاهر فى إرادتها أيضاً، واحتمال العكس بعيد ولارادة ما ذكرناه أو لبيان أنّه متى كان شرطاً فى الصحة كان شرطاً فى اللزوم، أما من لم يكن له إلاّ التعبير بكونه شرطاً فى اللزوم ، فلا ريب فى ظهوره بترتب الصحّة قبله كالمحكى عن المبسوط والخلاف والسرائر ، بل عن الاخيرين الاجماع عليهمضافاً إلى اجماع الغنية ، وبذلك يظهر أنّ فى المسألة

---

(١) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب الوقوف الحديث ٢، ٨.

قولين ، بل عن الوسيلة أنّه جعل التسليم شرطاً فى الصحة ، إلا إذا جعل ولاية الوقف لنفسه مدّة حياته .

وعن كافي أبي الصلاح «إذا تصدّق على أحد الوجوه المذكورة ، وأشهد على نفسه بذلك ، ومات قبل التسليم ، فان كانت الصدقة على مسجد أو مصلحة فهى ماضية ، وإن كانت على من يصح قبضه ، أوولّيه ، فهى وصيّة يحكم فيها باحكام الوصايا » وعن سلار فى المراسم عدم ذكره من الشروط أصلاً ، وبذلك كلّه يظهر لك ما فى المسالك والرياض وغيرهما من المفروغية عن اشتراطه فيها حتى فيما حكوه عن التنقيح من الاجماع على ذلك ، مع أنّ التأمل فى كلامه يقتضى إرادة دعواه على اعتباره فى الجملة لأنّه بعد ذلك بلا فاصلة معتدّ بها حكى الخلاف فيه ، بل قد يقال : باقتضاء القواعد كونه شرطاً فيه لا فيها ، جمعا بين ما يدلّ عليها بدونه من الاطلاقات ، وآية «أوفوا » وغيرها وبين الخبرين السابقين .

وأما النصوص المتضمنة لبطلان الصدقة بالموت قبل القبض ، فمع أن الاستدلال مبنيّ على ارادة الوقف منها أو ما يشمله ، لا تدلّ على اشتراطه فى الصحة ، وإن ذكره غير واحد ، اذ من الممكن ما سمعت من كونه عقداً جايزاً ينفسخ بالموت ومثله ولو لهذه النصوص ، والخروج عن ذلك فى الصدقة غير الوقف لدليل لا يقتضى الخروج عنه فى الوقف أيضاً ، ومع الاغضاء عن ذلك كله فالمتّجه كونه شرطا كاشفا لا جزء سبب ، كما حرّره في المسالك ، وتبعه غيره ، لما عرفت من وجود مقتضى الصحة فلا وجه حينئذٍ لجعل الثمرة فى النماء المتخلل ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿ إذا تم ﴾ الوقف بجميع شرائطه المعتبرة فيه ﴿ كان لازما ، لا يجوز الرجوع فيه ، إذا وقع فى زمان الصحة﴾ بل الاجماع بقسميه عليه عندنا ، بل هو كالضرورى من مذهبنا ، خلافا لأبي حنيفة ، فجوّز للواقف الرجوع به بل لورثته ، إلا أن يرضوا به بعد موته ، فيلزم ، أو يحكم به حاكم ، مع أن تلميذه أبا يوسف لما قدم إلى بغداد كان على قوله ، ولكن حدّثه اسماعيل بن إبراهيم بن عليّة عن ابن عوف عن ابن عمر خلافه ، فقال هذا لا يسع احد خلافه ، ولوتناهى الى أبي حنيفة لقال

به ، مع أن المحكى عن أبي حنيفة أنّه قال : إن أوصى بالوقف لزم في الثلث ، وفي الخلاف ، تناقض ، لأنّه جعله لازما في ثلثه في مرضه المخوف ، ولم يجعله إذ أنجزه لازما في جميع ما له في حال صحته ، وإن كان قد يفرق بينهما ، بعد تسليم ارادة لزوم الوقف منه ، هذا .

ولكن للمفيد في المقنعة ما ينافي بظاهره لما ذكرنا قال : «الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم ، والقرب إلى الله سبحانه وتعالى بصلتهم أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره أردّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله ، وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقفه عليه لم يجزله الرجوع في شي منه ، ولا يغير شرائطه ولا نقله من وجوهه وسبله » وعن ابن ادريس انه أطال في ردّه ، ويمكن أن يكون ذلك منه بناء على اعتبار بقاء صلاحية الموضوع للتقريب في الموقوف ، فيكون انتفاء الوصف المزبور حينئذٍ مقتضيا لانتفاء الموقوف عليه المقتضي لبطلان الوقف بناء على مختاره من عدم اعتبار التأبيد فيه ، والأمر سهل بعد وضوح الحال ، والله العالم .

هذا كله لو وقف في زمان الصحة ﴿أما لو وقف في مرض الموت فإن أجازه الورثة﴾ نفذ من الأصل ﴿والاّ اعتبر من الثلث﴾ لكونه حينئذٍ ﴿كـ﴾ باقي منجزاته من ﴿الهبة والمحاباة في البيع﴾ ونحوهما ﴿وقيل يمضي من أصل التركة و﴾لا ريب في أن ﴿الأول أشبه﴾ كما أوضحنا ذلك مفصّلاً في كتاب الحجر وكتاب الوصايا ﴿و﴾حينئذٍ فـ ﴿لو وقف ووهب وأعتق وباع فحابى ولم يجز الورثة ، فان خرج ذلك من الثلث ، صح وإن عجز بدىء بالأوّل فالاول﴾ لأنّه هو السابق في التعلق ﴿حتى يستوفي قدر الثلث ثم يبطل ما زاد﴾ خلافا للمحكى عن الفاضل في المختلف فبسط الثلث على الجميع فارقاً بين المنجّزات والوصايا ، وضعفه واضح .

﴿وهكذا لو أوصى بوصايا ، ولو جهل المتقدم قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه ، لكن فيما إذا أوصى ﴿يقسم على الجميع بالحصص﴾ لعدم الترجيح بعد قيام احتمال التقدم المعلوم كونه في أحدها في كل منها ، وبذلك يكون الفرض كالمنجزات الّتي لم يعلم التقدم في أحدها المحكوم فيها بالاقتران لأصالة عدم تقدّم كل منها على الآخر ، كما هو قضية

كل حادث اشتبه سبقه بالآخر وتأخره عنه ولكن فيه ما لا يخفى عليك في المقيس ، والمقيس عليه ، ضرورة كون المتجه في الأول القرعة ، ولذا قال المصنف ﴿ولو اعتبر ذلك بالقرعة كان حسنا ﴾ «لأنها لكلّ أمر مشتبه[1] » ولا ريب في أن الفرض منه ، بل لعلّ الأمر كذلك في المقيس عليه أيضا اذا فرض عنوان الحكم في الشرع السبق والإقتران ، ولم يعلم احدهما ، إذ الأصل لا يشخص الثاني الّذي هو من الحوادث . والأصل عدمه فليس الاّ القرعة .

نعم لو قلنا أنّ العنوان في الشرع السبق خاصة كما هو الظاهر فمع عدم العلم يبقى الحكم على مقتضى اطلاق الوصية الّذي هو التعلق بالجميع فمع القصور يتجه التقسيم حينئذٍ بالحصص . لا القرعة كما سلف لنا غير مرّة في نظائر المقام ، بل قد ذكرنا جملة من ذلك في هذه المسألة في كتاب الوصايا فلاحظ وتأمل .

ثمّ انّه لا يخفى عليك أنّه ليس في الشرع اعتبار كيفية خاصة للقرعة بالنسبة إلى التعدد والاتحاد ، فله حينئذٍ تعددها في الثلاثة الّتي في المتن مثلاً ، مع فرض جهل الحال فيها على وجه لم يعلم أنّها مرتبة كُلاًّ أو بعضا أولا ، فيقرع أوّلا لبيان اقترانها على السواء ، أو ترتبها كذلك ، أو الاقتران في بعض والترتب في آخر ، فاذا خرج أحدهما أقرع لتعرف احتمالاته خاصة إن كانت .

وله أن يقرع قرعة واحدة بثلاثة عشر ورقة على عدد الاحتمالات فيها ، وهي ترتيبها مع سبق الوقف ثمّ العتق ثمّ البيع ، أو مع تقدم البيع على العتق ، وسبق العتق ثمّ الوقف ثمّ البيع ، أو مع تقدم البيع وسبق البيع مع الصورتين ، فهذه ست .

ومقارنة اثنين منها وهى ست أيضاً ، اقتران العتق والوقف سابقين ، وتأخر البيع ولاحقين له ، وتقارن الوقف والبيع سابقين وتأخر العتق ولاحقين له ، واقتران العتق والبيع سابقين وتأخر الوقف ولاحقين له واقتران الثلاثة .

وله القرعة بكتابة سبع رقاع في أحدها الوقف وفي الثانية العتق ، وفي الثالثة البيع ، وفي الرابعة الوقف والعتق ، وفي الخامسة الوقف والبيع ، وفي السادسة العتق والبيع ، وفي السابعة

(١) الوسائل الباب – ١٣ – من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى الحديث ١١ و١٨ . وفيها «كل مجهول ففيه القرعة » .

اجتماع الثلاثة ، ثم يخرج واحدة ، فإن ظهرت بأحد المنفردين قدم ، وأخرج أخرى ، فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره والثلاثة أطرحتا وأخرج غيرها كما ذكر ، وأن ظهر أوّلاً رقعة الثلاثة أفاد الإجتماع ، أو رقعة اثنين جمع بينهما سابقا وحكم بتأخر الثالث وبالجملة ، فالمدار على كتبه رقاع تصح على جميع الاحتمالات ، والله العالم .

﴿ وإذا وقف شاة كان صوفها ﴾ الذي على ظهرها ﴿ ولبنها الموجود﴾ في ضرعها ﴿ داخلاً فى﴾ ما اقتضاه ﴿ الوقف﴾ من تسبيل الثمرة ﴿ ما لم يستثنه نظراً إلى العرف كما لو باعها﴾ بلا خلاف أجده بين من تعرض له من الفاضل ، والشهيدين، والكركي وغيرهم ، بخلاف الحمل ، بل وبخلاف ثمرة النخل والشجر ونحوهما ، فإنّه لا عرف يقتضى ذلك إلاّ أنّ الانصاف عدم خلوّه من الأشكال بحسب ما نجده الآن ، بل قد يشك في أصل الحكم حتى مع التصريح بناء على عدم اقتضاء عقد الوقف تمليك نفس الثمرة وإنّما اقتضاؤه ذلك بادخال العين الموقوفة في ملك الموقوف عليه ، فتكون الثمرة نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرف فيه ببيع ونحوه بخلاف الثمرة ، ومن المعلوم أنّ ذلك إنّما يكون في النماء المتجدد دون ما حصل من النماء الّذي هو ملك الواقف فانّه لا يتصوّر تملكه من حيث التبعية المزبورة كما هو واضح ، ودعوى قابلية عقد الوقف لنقلها باعتبار كونها ثمرة تقتضي قابليته لها على جهة التسبيل حتى مع الانفصال وهو محل تأمل ، إلاّ أنّ ظاهر من تعرض المفروغيّة من قابليته لذلك كاقتضائه دخول باقي المنافع المتجددة فى ملك الموقوف عليه كالصوف واللبن المتجددين ، وعوض البضع ، واجرة الدابة والعبد ونحوها ، بل والنتاج المتجدد ، كما نصّ عليه الفاضل في القواعد ومحكى التذكرة وإن كان لا يخلو من نظر تقدم فى نظائره في كتاب البيع .

وأما اغصان الشجر الذى هو كالثمر فيها نحو شجر الخلاف فهو أيضاً ملك للموقوف عليه لأنّه من المنافع ، بل لا يبعد دخول ما جرت العادة بقطعه كلّ سنة ممّا فيه إصلاح الشجر والثمرة من تهذيب الاغصان وما يقطع من أغصان شجر العنب في الثمار كما لا يبعد كونه من أجزاء الموقوف في حال ، ومن المنافع في حال آخر ، مثل أطراف النخل حال كونها رطبة ويابسة ، والله العالم.

بقي الكلام في فروخ الاشجار المتجددة بعد الوقف ، ولا يبعد أن تكون من نماء الوقف ومن

فوائده إن كانت متولدة منها نفسها وإلا فهي لمن يحوزها أو لمن كان بذرها له هذا .

وعن التذكرة اشتراط دخول اللبن المتجدد في منافع الموقوف على وجه يدخل في ملك الموقوف عليه بما إذا لم تكن العين موقوفة على جهة خاصة لا يدخل فيها نحو ذلك كما إذا وقف بقرة للحرث ، فان الدرع يكون للواقف ، ومرجعه الى جواز الوقف في بعض المنافع دون بعض ولنا فيه نظر يأتي إن شاء الله تعالى .

﴿ النظر الثاني : في الشرائط ﴾

﴿ وهي أربعة أقسام : ﴾ القسم ﴿ الأوّل : في شرائط الموقوف وهي أربعة ﴾ الأوّل ﴿ أن تكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها ، ويصحّ اقباضها ، فلا يصحّ وقف ما ليس بعين كالدين ﴾ معجّلة ومؤجّلة على المؤسر والمعسر ﴿ وكذا ﴾ الكلي كما ﴿ لو قال : وقفت فرسا أو ناضحا أو داراً ولم يعين ﴾ وإن وصفها بأوصاف معلومة ، بل وكذا المنفعة ، لأنَّ العين تطلق في مقابل الثلاثة التي لا يصحّ وقف شيء منها للشك في تناول أدلّة الوقف لذلك ، ولاتفاق الأصحاب ظاهراً ، ولأن المستفاد من قوله[1] صلى الله عليه وآله «حبّس الأصل وسبّل الثمرة » وما وقع من وقوفهم ، اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة فى الأصل الّذى يراد حبسه ، ولا ريب فى انعدام التهيؤ فعلاً للكلى المسلم فيه مثلاً ، ولذا لا تصحّ اجارته ولا غير الاجارة مما يقع على المنفعة ، لعدم ملكها لمن يملكه .

نعم يصح بيعه والصلح عليه وغيرهما مما يقتضى نقله نفسه ، بل وهبته إن لم يدل دليل على اعتبار الشخصية فيها ، وتهيؤه بعد القبض لا يقتضى ذلك قبله الذي هو مورد العقد فى الفرض .

وأما وقف كلى موصوف فى الذمة على نحو اجارته الذى اشار إليه المصنف بقوله « وكذا »

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ١١ د .

إلى آخره فيمنعه أولاً : عدم صلاحية عقد الوقف لاثبات نحو ذلك في الذمم ، كغيره من عقد الهبة والصدقة ونحوهما مما هو ليس عقد معاوضة ، بل هو غير مملوك. وثانياً : عدم تحقق الحبس والتسبيل فعلا وتأخره إلى التعيين مناف لاعتبار تنجيزه ، ومقارنة الأثر لسببه ، وبذلك افترق عن الإجارة المقتضية لملك دابة موصوفة عليه فعلا ، وتأخر تعينها للوفاء لا ينافي ذلك ، كما لا ينافي ذلك ملك عين الكلي في ذمته ، كل ذلك ، مضافاً إلى ما في جامع المقاصد ، من دعوى الإتفاق على ما في القواعد من عدم صحة وقف الدين والمطلق كفرس غير معين وعبد في الذمة وملك مطلق ، قال : والمراد بالأخير أن يقف ملكا من الأملاك أيها كان ولا يشخصه ، ويجوز أن يراد به أن يقول وقفت ملكا ويقتصر على ذلك» .

قلت : قد يشك في عدم صحة وقف عبد من عبيده المعينين على وجه يكون الموقوف فيها واحداً منهم بخصوصه وشخصه على البدل على نحو مذهب الامامية في الواجب المخير . ويتعين حينئذٍ بالقرعة ، أو بتعيين الواقف ، أو يكون الموقوف عبداً منها الصادق على كلّ منها ، بل لعلّ هذا هو المتيقن فى الفرض على تقدير الصحة ، ضرورة عدم وقف كلّ منها بالخصوص على البدل . وإن جاز ذلك في الواجب المخيّر لغة وعرفاً على وجه لا يحتاج إلى تعيين من الأمر ولا قرعة ، بخلافه في المقام المفروض فيه كون أحدهما ، لا كل منهما ، وفي محكى التذكرة عن الشافعية في أحد الوجهين صحته كصحة عتق أحد العبدين ، وربما يشعر به اقتصار المصنف الأولين في التفريع على العين . أللّهم الا أن يريد بقرينة قوله ولم يعين خصوص المفروض أو الأعم منه ، وفي مفتاح الكرامة «قلّ من تعرض لعدم الصحة في ذلك ، وأوّل من تعرض له الفاضل في التذكرة » لكن في الرياض عن الغنية الاجماع على عدم الصحة في المنفعة والدين والمبهم ، وإن كنّا لم نتحققه ، وإنّما الموجود فيها وفي المحكى عن السرائر الاجماع على كونه معلوماً مقدوراً على تسليمه مع بقاء عينه في يد الموقوف عليه ، مع أنه يمكن ارادة اخراج نحو وقفت شيئاً من أملاكي ، وبطلانه حينئذٍ للابهام المحض الّذى يشك معه في صلاحية كونه مورداً للعقد ان لم يظن العدم ، ولعله المراد من الملك المطلق في القواعد كما سمعته من جامع المقاصد في تفسيرها بل لعله المراد من اعتبار العلم فيما حكيناه عن الغنية والسرائر ، ضرورة ارادة

اخراج فاقده أصلاً وهو المبهم المحض وبالجملة إن لم يكن اجماعاً فالقول بالصحة لا يخلو من وجه خصوصاً على المختار عندنا من صحة وقف المشاع المنافي لدعوى التشخيص ، ولتحقق الحبس والتسبيل فعلاً في أحدهما كالوصية به لشخص والجهل بعينه لا يقدح بعد عدم اعتبار المعلومية فيه كالبيع والاجارة ، فتأمل جيداً فإنّه قد تكون المسألة مبنية على جواز ملك الكلي في الخارج بدون الاشاعة بناء على أن الموقوف ملك للموقوف عليه ، وقد تقدم الكلام فيها في كتاب البيع وغيره ، والله العالم .

وأما عدم صحة وقف المنفعة فلعدم تصور الحبس فيها ، ضرورة كونها مبنية على الاستيفاء شيئاً فشيئاً ، ودعوى – عدم اعتبار أصل التحبيس في الوقف ، بل يكفي فيه تسبيل المنفعة كما عن أبي الصلاح – يدفعها ظهور النص والفتوى بخلافه بل يمكن دعوى ضرورة المذهب أو الدين على ذلك ، نعم نحو ذلك يشرع في السكنى والرقبى والعمرى ، وهي غير الوقف كما هو واضح .

﴿ و﴾ كيف كان فلا إشكال كما لا خلاف بيننا في أنّه ﴿ يصح وقف العقار والثياب والأثاث والآلات المباحة و﴾ نحو ذلك مما ﴿ ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاء عينه﴾ لا كمنفعة أعيان الملاهي ونحوها ،ولا ما لا منفعة له أصلاً ، أولا منفعة له إلاّ باتلاف عينه ، كالطعام والشمع ونحوهما ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، لإطلاق الأدلة وخصوصها في بعض .

نعم عن أبي حنيفة عدم جوازه في الحيوانات والكتب ، بل عن مالك فى مطلق المنقول ، وعن أبي يوسف عدم جوازه إلاّ في الأرض والدور ، والكراع ، والسلاح ، والغلمان تبعاً للضيعة ، إلاّ أنها كما ترى مخالفة للنصوص من طرقنا ، وطرقها عموماً وخصوصاً ، والاجماع والسيرة المستمرة في وقف الحصير والقناديل والزوالى ونحوها .

لكن هل يعتبر طول زمان المنفعة أولا ؟ ظاهر الأكثر كما اعترف به في الروضة والنصوص الثاني ، فيصحّ حينئذٍ وقف ريحانة يسرع فسادها ، وربما احتمل الأول ، بل هو ظاهر جماعة وصريح محكيّ التذكرة والتحرير ، لدعوى الإنسباق الممنوعة على مدّعيها ، وللمنافاة للتأبيد المراد من الوقوف الذي يدفعها معلومية عدم إرادة ازيد من عمر العين منه ، وإلاّ لم يصحّ وقف أبداً ، لعدم عين عمرها الأبد كما هو واضح .

وكذا لا يعتبر فعلية النفع ، بل يكفي تأهله ، فيصح وقف الفلو والجحش ، و العبد الصغار ، بلا خلاف أجده ، لإطلاق الأدلّة أيضاً ﴿ وكذا يصحُّ وقف الكلب المملوك ﴾ ككلب الصيد والماشية والزرع والحائط بناء على ملكيتها ﴿ والسنّور ﴾ وغيرها من الحيوانات التي تدخل تحت الملك ، ولها منافع مقصودة محلّلة ، لحصول مقتضى الصحّة حينئذٍ من ملك الأصل و ﴿ لإمكان الإنتفاع به ﴾ المحلل مع بقاء العين .

نعم لو قلنا بعدم ملكها وأن لصاحبها حق الاختصاص ، ولكن له الإنتفاع بها اتّجه حينئذٍ عدم صحة وقفها ، بناء على اعتبار ملك الأصل ، بل لعلّ قوله حبّس الأصل وسبّل الثمرة يشمله ، إذ لا دلالة في الأصل على اعتبار كونه مملوكاً ﴿و ﴾ هو واضح ، نعم ﴿ لا يصحّ وقف الخنزير ، لأنه لا يملكه المسلم ﴾ وكذا غيره من كلب الهراش ، ونحوه مما لا يدخل تحت يد المسلم على وجه يملك منفعته بلا خلاف أجده فيه ، أما الكافر فالأقرب صحّة وقفه له على مثله ، كما في القواعد وغيرها ، بناء على صحّة الوقف منه لمعاملته معاملة الملك في حقّه ، والمراد بصحّة الإقباض في المتن القدرة على تسليمه أو ما يشملها ، ولـذا قـال ﴿ ولا وقف الآبق لتعذر التسليم ﴾ مفرعاً له على ذلك ، وهو جيد فيما يرجع منه إلى السفه ، كالطير في الهواء والسمك في الماء ، أما إذا لم يكن كذلك فلا دليل على عدم جوازه ، لاطلاق الأدلة التي ليس في شيء منها ما يقتضي مقارنة إمكان القبض للعقد في الصحة ، بناء على اعتبارها فيها ، بخلاف البيع المعتبر فيه ، عدم الغرر ، الذي هو بمعنى الخطر ، وحينئذٍ فيقف الآبق فإن قبض بعد ذلك صحّ ، وإلاّ فلا كما صرّح به ثاني المحققين والشهيدين ، .وأولى بالصحة وقفه على القادر على تسلّمه لحصول الإقباض من المالك الذي هو بمعنى الإذن فيه من جهته ، بل قد عرفت في كتاب البيع قوة صحة بيع مثله ، فضلاً عن وقفه .

﴿وهل يصحّ وقف الدراهم والدنانير قيل : لا ﴾ يصحّ ﴿ وهو الأظهر﴾ ﴾ عند المصنف وفاقاً لجاعة من القدماء بل في الدروس عن المبسوط الإجماع عليه إلاّ ممّن شذّ ، والموجود في المحكي عنه وعن الغنية والسرائر نفي الخلاف فيه ، ﴿ لأنّه لا نفع لها إلاّ بالتصرف فيها ﴾ وهو مناف للوقف المقتضى بقاء الأصل ﴿ وقيل : يصحّ ﴾ كما أرسله في محكى المبسوط ﴿ لأنّه قد يفرض لها نفع مع بقائها ﴾ كالتزيّن بها ، ودفع الذلّ ونحوها ، فيتناولها حينئذٍ إطلاق الأدلّة ، ولعلّه لذا استشكل الفاضل في القواعد بل في محكي التذكرة أنّ أصحابنا تردّدوا ، وفي محكي السرائر لو قيل بالجواز كان وجهاً ، وفي المسالك أقوى ، وفي الدروس ومحكي التذكرة والحواشي وجامع المقاصد الصحة مع المنفعة ، كالتحلّي ونحوه .

قلت : ويؤيّده الإجماع – في الظهور فضلاً عن النصوص ، كما تقدم في محلّه – على جواز إعارتها ، وهي كالوقف في اعتبار وجود المنفعة ، واحتمال الفرق بينهما لا وجه له هذا كلّه في خصوص الدراهم والدنانير .

أمّا إذا اتخذت حلياً أو اتخذ منها حلياً فلا إشكال في جواز وقفها ، وعن التحرير أنّه يصحّ وقف الحلي اجماعاً ﴿ ولو وقف ما لا يملكه لم يصحّ وقفه ﴾ مع عدم الإجازة قطعاً ﴿ ولو أجاز المالك ﴾ قيل : لا يصحّ – لا لأنّ الفضولي على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه ، لأنّ الظاهر عدم الإختصاص ، بل – لأن نية التقرب شرط فيه ، ولا يقوم الغير مقام المالك فيها ونيتها حين الإجازة غير نافعة ، إمّا لاشتراط المقارنة للصيغة ، أو لأنّ تأثير نيته في الصّحة غير معلوم ، والأصل بقاء الملك واختاره الكركي وفاقاً للمحكي عن المهذب وجامع المقاصد والتحرير في موضع ، وكأنّه قال به أو مال إليه في الروضة .

و ﴿ قيل : يصحّ ، لأنّه ﴾ بالإجازة صار ﴿ كالوقف المستأنف وهو حسن ﴾ وفاقاً للمحكي عن التحرير في آخر ، واللمعة والحواشي وشرح الإرشاد وللفخر ، والروض والتنقيح ، وظاهر المسالك وغيرها ، لأنه قسم من الصدقة الّتي ثبت بالنص جوازها من الفضولي في مثل مجهول المالك ونحوه ، والتقرب بمال الغير عن الفاعل غير مشروع أما عن الغير نفسه ففي

الأدلّة ما يدلّ على مشروعية كلّ ذلك ، بناء على اعتبار نية التقرب فيه على وجه يكون من العبادة ، أما على القول بعدم اعتبارها أصلاً فلا ريب أنّ المتّجه حينئذ الصحّة .

﴿ ويصحّ وقف المشاع ﴾ بلا خلاف أجده فيه عندنا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل نصوص التصدق به مستفيضة أو متواترة ، فيدخل فيه الوقف ، أو يراد منه بل في الغنية أنّه مورد قوله عليه‌السلام حبّس الأصل وسبّل الثمرة ، فما عن الشيباني – من عدم الجواز لعدم إمكان قبضه – واضح الضعف لما عرفت ﴿ و ﴾ لأن ﴿ قبضه ﴾ هنا كقبضه في البيع ﴾ كما هو واضح ، والله العالم .

بقي الكلام فيما يندرج في الضابط المزبور من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه ، وقد صرَّح به الفاضل في قواعده ، ووافقه عليه في جامع المقاصد لأنّ العتق إنّما هو في الملك التام ، بل عن غاية المراد الميل إلى ذلك ، أو القول به ، هذا .

ولكن الأنصاف عدم خلوّه من النظر ، وتسمع لذلك تتمة إن شاء الله تعالى ، في صيرورة الأمة الموقوفة أمّ ولد ، إذا وطأها الموقوف عليه ، فولدت منه فتنعتق بموت السيّد ، ويؤخذ من تركته قيمتها للبطون المتأخرة ، وأما أمّ الولد فالمتّجه عدم جواز وقفها بناء على انتقال الموقوف للموقوف عليه ، لعدم جواز نقلها إلى الغير بجميع وجوه النقل ، أما على القول ببقائه على ملك الواقف فقد يقال بالجواز ، وتبقى حينئذٍ على الوقف إلى موت السيِّد ، ولو مات ولدها قبله تأبّد وقفها ، وإلاّ عتقت من نصيبه وبطل وقفها .

وفيه أنه مناف للتأبيد المعتبر فيه الّذي يراد منه بناؤه عليه من أوّل الوقف ، اللّهم إلاّ أن يمنع اعتبار ذلك ، أو يقال : كما عن بعض الشافعية من بقاء منافعها للموقوف عليه وإن تحررت ، كما لو آجرها ومات ، وأما المدبر فلا إشكال في جواز وقفه ، ويكون حينئذٍ رجوعاً عنه ، ولعله لذا حكى الإجماع عن التذكرة على جواز وقفه .

نعم الظاهر عدم صحّة وقف المكاتب بقسميه ، لانقطاع سلطنة المولى عنه ، كما عن التذكرة التصريح به ، وأما العين المستأجرة والموصى بمنفعتها شهراً مثلاً فلا يجوز للمستأجر والموصى له وقفها ، لأنه لا يملك إلاّ المنفعة ، وقد عرفت جواز وقفها ، أما المالك فلا بأس

به ، والقبض حينئذٍ يكون بإذن الآخر ، أو إلى انقضاء تعلّقه .

نعم لو فرض مدة الإجارة يستغرق عمر العين غالباً ، وتأبيد الوصية بالمنافع لم يجز الوقف ، ضرورة كون العين حينئذٍ مسلوبة المنافع ، كضرورة عدم جواز الوقف في العين المملوكة التي تعلق بها حق الرهن ، أو الدين لفلس ونحوه ، فالغرض من الملك في الضابط الخالي من نحو ذلك ، ويمكن أن يكون نظر المصنف وغيره في خروج ذلك إلى ما تسمعه من شرايط الوقف التام ، والله العالم .

﴿ القسم الثاني : في شرائط الواقف ﴾

﴿ ويعتبر فيه البلوغ ﴾ ولو بالعشر ﴿ وكمال العقل وجواز التصرف ﴾ ولعلّ الأخير مغن عن الأولين ولذا اكتفى في اللمعة باشتراط الكمال ، وفي الدروس بأهلية الوقف ، وفي محكي السرائر والغنية كونه مختاراً مالكاً للتبرع به إجماعاً ، والأمر سهل بعد معلومية سلب عبارة الصبيّ ، وإن قلنا بشرعيّة عبادته ، وأن الوقف من العبادة ، وسلب عبادة المجنون بقسميه ، وأنّ المحجور عليه لفلس أو سفه لا يجوز له التصرف المالي بعبادة أو غيرها ، بل قد يشكل صحته منه مع الإجازة المتأخرة بما عرفته سابقاً في الفضولي ، أللّهم إلاّ أن يجعل ذلك من شرايط الصحّة كالقبض ، فلا يمنع التقرب بالصيغة حينئذٍ .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ﴿ في وقف من بلغ عشرا ﴾ مميزا ﴿ تردّد ﴾ بل خلاف ، فعن المقنعة الأوّل ، وعن وصايا النهاية والمهذب جواز صدقته ، بل في جامع المقاصد في الوكالة أن المشهور جواز تصرفه في الوصية والعتق والصدقة ، والمشهور الثاني بل لعل عليه عامة المتأخرين ، بل لعل الخلاف منحصر في خصوص المفيد بناء على إرادة ما لا يشمل الوقف من الصدقة في كلامهم ، بل ولا دليل عليه ، ضرورة اختصاص خبر زرارة عن أبي جعفر عليه‌السلام [1] في الصدقة على الوجه المعروف في البالغ عشراً .

وموثق جميل [2] «عن أحدهما في صدقة الغلام إذا كان قد عقل» وكذا موثق الحلبي ومحمّد

(١ و ٢) الوسائل الباب – ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١ – ٢

ابن مسلم (١) .

﴿و﴾ من هنا قال المصنف : ﴿ المروى جواز صدقته ﴾ على أنّه في المسالك مثل هذه الأخبار الشاذة المخالفة لأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم ، وفي جامع المقاصد لا تنهض معارضات للتواتر .

قلت : ولا ينافي ذلك جواز وصيته ولو بالوقوف للنصوص المعمول بها بين معظم الأصحاب مع حرمة القياس ، ﴿ و ﴾ حينئذ فلا ريب في أن ﴿ الأولى المنع ﴾ بل هو الأصحّ ﴿ لـ ﴾ ما عرفت ، ومعلومية ﴿ توقف رفع الحجر على البلوغ والرشد ﴾ ومن المعلوم عدم تحقق الأول منهما ببلوغ العشر ، ودعوى كونه بلوغاً بالنسبة إلى خصوص ذلك واضحة المنع ، ضرورة أن البلوغ مرتبة خاصة لا تفاوت فيها في ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا إشكال في أنّه ﴿ يجوز أن يجعل الواقف النظر ﴾ في الموقوف ﴿ لنفسه ﴾ خاصة ﴿ ولغيره ﴾ كذلك ولهما معا على الاشتراك والاستقلال ، بل ولا خلاف إلاّ ما يحكى عن ابن ادريس ، والموجود في محكي السرائر عداد الشروط ، ومنها أنّه لا يدخله شرط خيار للواقف في الرجوع فيه ، ولا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو ، وليست صريحة ، ولذا نفى الخلاف عنه من دون استثنائه غير واحد ، وقطع به آخر، ونفي الشبهة عنه ثالث ، وإلاّ كان محجوجا بعموم الأدلة وخصوصها بل مقتضى الإطلاق نصّاً وفتوى عدم الفرق في ذلك بين كونه عدلاً أو فاسقاً كما صرح به غير واحد بل لم أجد فيه خلافاً وإن احتمله في المسالك ، لكن في الرياض تبعا للكفاية فيه قولان ولم نتحققه .

نعم قد صرح غير واحد باعتبارها في غيره ، بل في الكفاية أنّه المعروف من مذهب الأصحاب ، بل في الرياض دعوى حكاية الإتفاق عليه ، وإن كان فيه ما لا يخفى على المتتبع ، بل في محكي التحرير لو جعل النظر للأرشد عمل بذلك ، ولو كان الأرشد فاسقاً فالأقرب عدم ضم عدل إليه ، وقال أيضاً : لو جعل النظر لأجنبي عدل ثمّ فسق ضمّ إليه

(١) الوسائل الباب — ١٠ — من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢ .

الحاكم أمينا ، ويحتمل انعزاله بفسقه ، وحينئذٍ فالمتجه عدم الفرق بين اشتراطها لنفسه ولغيره بالنسبة إلى ذلك ، وما في سيّدنا أمير المؤمنين عليه‌السلام [١] من اعتبار الرضا بهديه وإسلامه وأمانته لا يدلّ على اشتراط ذلك في أصل الناظر.

وعلى كلّ حال ففي المسالك وغيرها أنّه أن عادت العدالة إليه عادت النظارة إن كان مشروطاً من الواقف ، ونحو ذلك قد ذكروه في الوصي ، والظاهر اختصاص ذلك فيهما من بين العقود لاقتضاء العموم في دليل مشروعيتهما من قوله عليه‌السلام [٢] «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله» وقوله تعالى [٣] «فمن بدّله بعدما سمعه» إلى آخره جواز ذلك ، وهو جعل العنوان الشخص الموصوف من حيث الوصف ، ومن المعلوم عدم جواز مثل ذلك في الوكالة ، ونحوها على وجه تدور وكالته مدارها وجوداً وعدما.

ثمّ الناظر المشروط في نفس العقد لازم من جهة الواقف ، لا يجوز له عزله مطلقاً ، لعموم الأمر بالكون مع الشرط ، وإن كان لا يجب على المشروط له القبول ، للأصل بل لو قبل : لم يجب عليه الإستمرار لما في الدروس والروضة من أنّه في معنى التوكيل.

وفي المسالك «لأنه غير واجب في الأصل فيستصحب فإذا ردّ صار كما لا ناظر له ابتداء فيتولاّه الحاكم ، أو الموقوف عليه ، ويحتمل الحاكم مطلقاً ، لخروج الموقوف عليه من استحقاق النظر بشرطه ، فعوده إليه يحتاج إلى دليل ، بخلاف الحاكم فإنّ نظره عام».

قلت : قد يناقش في جواز الردّ بعد القبول بإطلاق الأمر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين وغيرهما ممن له تعلق بالعقد ، والقبول بالنسبة إليه حينئذٍ رضاه بما اشترط له منه ، ودعوى أنه في معنى التوكيل كما ترى ، ضرورة عدم الدليل وعدم القصد بل ربما يومىء في الجملة إلى ما قلناه وجوب القيام بما تقتضيه النظارة عليه مع عدم الرد لكونه من مقتضى العقد المزبور ، بل وما ذكروه أيضاً من أنّه إن اشترط الواقف له شيئاً من الثمرة عوضاً عن عمله جاز ، وليس له أزيد

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢ .
(٢) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢ .
(٣) سورة البقرة الآية ١٨١ .

منه وإن كان أقلّ من الأجرة وإن أطلق فله أجرة مثل عمله إن لم يرد التبرع ، ضرورة ابتناء التزامه بالعوض القليل على كونه من مقتضى العقد اللازم الّذي لا وجه عند التأمل في جواز ردّه بعد قبوله ، مع أنّ المردود من أجزاء مقتضاه ، فتأمل جيداً فإنه دقيق .

ولو جعل النظارة لإثنين مثلاً اشتركا فيها على وجه لا يجوز لأحدهما الإستقلال على ما صرّح به غير واحد ولا بأس به مع قصد الواقف ذلك لعموم[1] «المؤمنون»[2] «والوقوف» المقتضي جواز جميع الصور المتصورة في المقام من الإستقلال والإشتراك في الجميع والبعض وغيرهما ممّا لم يكن فيها مانع من الشرع .

ولكن هل يحمل على الإشتراك المزبور بمجرد تعدد الناظر لا يخلو من إشكال ، كالإشكال في إستقلال الآخر لو مات أحدهما أو انعزل بفسق ونحوه . كما أوضحنا ذلك في الوصي الذي لا مقتضى للفرق بينه وبين الناظر في مثل هذه الأحكام التي مرجعها إلى فهم معنى ، أو عموم دليل أو نحو ذلك ، ومنه يعلم ما في المسالك من أنه لو اختص أحدهما بالعدالة أو بقي عليها ضمّ إليه الحاكم حيث لا يكون منفرداً أو انضم إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدم ، فلاحظ وتأمل .

ثم إن وظيفة الناظر مع الإطلاق ، ما يتعارف من ذلك من العمارة والإجارة و تحصيل الغلّة وقسمتها على مستحقها ، وحفظ الأصل ونحو ذلك ممّا لا يجوز لغيره بعد فرض اشتراط النظر المنصرف عرفاً إلى تولي شيء من ذلك .

وفي التوقيع [3] وأما ما سألت عن أمر الرجل الذي يجعل لناحيتنا ضيعة فيسلمها من يقوم بها ويعمرها ويؤدي من دخلها خراجها ومؤنتها ويجعل ما بقي من الدخل لناحيتنا ، فإنّ ذلك لمن جعله صاحب الضيعة لا يجوز ذلك لغيره .

لكن في المسالك «الإشكال في ذلك من وجهين : (أحدهما) ما لو كان الموقوف عليه

---

(١) الوسائل الباب — ٢٠ — من أبواب المهور الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب — ٢ — من أبواب الوقوف الحديث — ٢ .

(٣) الوسائل الباب — ٢ — من أبواب أحكام الوقوف — الحديث — ٨ .

متحداً ، أما ابتداء أو لاتحاده في بعض الطبقات اتفاقاً ، فإنّه مختص بالغلة فتوقف تصرفه فيها على إذن الناظر بعيد ، لعدم الفائدة خصوصاً مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضلة عن العمارة وغيرها ممّا تقدم على القسمة نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعا ، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأمور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه ، (وثانيهما) الأوقاف العامّة على المسلمين ونحوهم الّتي يريد الواقف انتفاع كلّ من الموقوف عليه بالثمرة إذا مرَّ بها كأشجار الثمار فإن مقتضى القاعدة أيضاً عدم جواز تصرف أحد منهم في شيء منها إلاّ بإذن الحاكم ، ولا يخلو من إشكال ، وتفويت لكثير من أغراض الواقف ، بل ربما دلّت القرينة على عدم إرادة الواقف النظر على هذا الوجه ، بل يريد تفويض الإنتفاع إلى كلّ واحد من أفراد تلك الجهة ، فكأنه في قوّة جعل النظر إليه ، لكن هذا كلّه لا يدفع الأشكال لما تقدم من أنّه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبيّ ، وينتقل الحكم إلى الحاكم فلا عبرة بقصده خلاف ذلك ، حيث لا يوافق القواعد الشرعية ، وجعل مثل هذا الاطلاق نظراً إلى كلّ واحد في حيّز المنع ، وبالجملة فهذه القواعد الشرعية المتّفق عليها ، لا تدفع بمثل هذا الخيال ، وينبغي أن يقال : أن المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصة ، ويملك حيث لا يجب صرف الثمرة في الأمور المتقدمة على صرفها إلى الموقوف عليه ، وكذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد ، أما المتعدد فلا ، لأن قسمتها وتمييز حق كلّ واحد من الشركاء يتوقف على ناظر ، فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير إذن الشريك ، فتستقر في ذمته حصّة الشريك من ذلك ، ولم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شيء فينبغي تحرير النظر فيه» .

إلاّ أنّه من غرائب الكلام ، ضرورة أنه لا استبعاد في توقف تصرف الواحد على إذن الناظر مع فرض اشتراطه من الواقف على هذا الوجه ، «لأن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» كما أنه لا وجه لدعوى توقف المنتفع بثمر شجر أو ماء بئر أو ظلال أو نحو ذلك ممّا يراد من وقفه الإنتفاع لمن يمرّ به على إذن الحاكم ، إذ هو وإن كان الناظر مع الإطلاق إلاّ أنه فيما لم يتّجه المالك بوقفه له على هذا الوجه .

ودعوى – أنّه أجنبي مع فرض أنه وقف على هذا الوجه – غريبة ، وأغرب منها دعوى الإثم

بالتناول المزبور ، وإن ترتب عليه الملك ، لمنافاته السيرة المستمرة ، و للمعلوم من قصد الواقف بوقفه على هذا الوجه ، ولما ورد في النص من أحقية السابق من غيره ولغير ذلك ، وكذا لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين المتّحد والمتعدد مع فرض تراضي الشركاء فيما بينهم بالقسمة ، فإن الناظر لا مدخلية له في ذلك إلاّ أن يشترط الواقف كما هو واضح .

بقي الكلام فيما ذكره المصنف بقوله ﴿ فإن لم يعين ﴾ الواقف ﴿ الناظر كان النظر إلى الموقوف عليهم بناء على القول بالملك ﴾ ونحوه في القواعد ومحكي التحرير والجامع وغيرها ، وإليه يرجع ما عن جماعة من إطلاق كونه للموقوف عليهم ، وما في المسالك «من أنّه إن جعلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه مطلقاً فالنظر إليه ، وإن جعلناه للموقوف عليه إن كان معينا ، ولله تعالى إن كان على جهة عامة ، فالنظر في الأوّل للموقوف عليه ، وللحاكم الشرعي في الثاني ، وكذا غيرها ممّا صرّح فيه بتولية الحاكم إن كان عاماً وإن كان على معيّن وليه بنفسه ، لمعلوميّة ابتناء ذلك على كونه في العالم لله أو للفقراء ، وعلى كلّ حال فالولي الحاكم» .

لكن لم نعرف لهم دليلاً يعتدّ به مع فرض إرادة أحكام الناظر المشترط الّتي تمضي إجارته على الأعقاب ونحوها ، وكون العين والمنفعة ملكاً لهم ما داموا أحياء لا يقتضي إثبات مثل هذه الولاية لهم .

نعم لهم تناول ما هو ملك لهم من دون استيذان ، ولهم التصرف في تنميته و إصلاحه ونحو ذلك ممّا هو من توابع الملك ، وليس لهم إهماله كما يهمل المالك ملكه كما أنّه ليس لهم النظر فيه على وجه يمضي على البطون المتأخرة ، ومن ذلك يظهر لك قوة ما حكاه في الدروس عن بعضهم من احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق في الوقوف كلّها ، لتعلق حق البطون المتعاقبة ، بناء على إرادته ما ذكرناه بقرينة تعليله ، لا مطلق التصرف بها ، وتناول ثمرتها ونحو ذلك ممّا لا ينافي حق البطون أو كان فيه مصلحة لها ، بل يمكن تنزيل إطلاق الكلمات على ما ذكرناه من التفصيل .

وأما احتمال أنّه للمالك ، لأن النظر والملك كانا له ، فإذا زال أحدهما بقي الآخر ، فإنّه و إن حكاه في الدروس ، بل احتمله الفاضل في محكي التذكرة ، إلا أنّه في غاية الضعف ، ضرورة

خروج الواقف بعد الوقف وصيرورته كالأجنبيّ بالنسبة إلى ذلك ، وإنما كان له ما له تبعاً لملكه ، وقد زال كما هو واضح . والله العالم .

﴿القسم الثالث : في شرائط الموقوف عليه ﴾

﴿ و ﴾ قد اشتهر فيما بينهم أنّه ﴿ يعتبر في الموقوف عليه شروط أربعة ﴾[1] الأوّل : ﴿ أن يكون موجوداً ﴾ والثاني : أن يكون ﴿ ممن يصحّ تملكه و ﴾ الثالث : ﴿ أن يكون معيّناً و ﴾ الرابع : ﴿ أن لا يكون الوقف عليه محرما ﴾ بل في محكي الغنية والسرائر الإجماع على كونه معروفاً متميِّزاً يصحّ التقرب بالوقف عليه ، وهو ممّن يملك ، بل فيه أيضاً ومحكي المبسوط نفي الخلاف عن عدم صحته على المعدوم الّذي لم يوجد بعد والحمل والعبد ، بل في الأخير أيضاً أن الّذي يقتضيه مذهبنا أنه لا يصحّ الوقف على المجهول والمعدوم ، كلّ ذلك مضافاً إلى معلومية اقتضاء «عقد »[2] الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة أو هي مع العين ، والمعدوم وغير القابل للملك لا يصلح لذلك لعدم صلاحيتها للقبول الذي قد عرفت اعتباره فيه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو وقف على معدوم ابتداء لم يصحّ ، كمن وقف على من سيولد له ﴾ مثلاً ﴿ أو على حمل لم ينفصل ﴾ فإنّه وإن كان موجوداً أو صحت الوصيَّة له و عزل الميراث له ، إلاّ أنه بحكم المعدوم بالنسبة إلى الوقف للإجماع المزبور ، أو لعدم قابليته للملك إلاّ ما خرج بناء على صحَّة الوصية له بمعنى التمليك الإختياري الفعلي ولو بقبول وليّه ، بناء على ثبوت الولاية له قبل التولد لا الوصية العهدية أو التملكية المتأخر قبولها من وليه عن تولده ، فإن ثبوتها لا يقتضي صحة الوقف .

﴿ أما لو وقف على معدوم ﴾ قابل لذلك بعد وجوده فضلاً عن الحمل ﴿ تبعاً لموجود ﴾ قابل لعقد الوقف ومقتضاه من التملك للمنفعة ﴿ فإنّه يصحّ ﴾ بلا خلاف فيه

---

(١) و في المتن «شروط ثلاثة أن يكون موجوداً ، ممن يصح أن يملك ، وأن يكون معينا وأن لا يكون الوقف عليه محرماً إلى آخره .»

(٢) كلمة «عقد» ليست موجودة في بعض النسخ .

بل الإجماع بقسميه عليه ، والنصوص بعمومها وخصوص صدقاتهم مستفيضة أو متواترة فيه على معنى تملكه بعد وجوده مرتباً ﴿و﴾ مشاركاً .

نعم ﴿ لو بدء بالمعدوم ثمّ بعده على الموجود ﴾ لم يصحّ على المعدوم قطعاً لما عرفت ، ولكن هل يقتضي ذلك بطلان العقد رأساً ﴿ قيل : ﴾ هو كذلك فـ ﴿ لا يصحّ ﴾ حينئذٍ حتى بالنسبة إلى الموجود كما هو المشهور . وفي المسالك نسبته إلى المصنّف والمحقّقين لأنّ اللازم من الصحّة أحد أمور ثلاثة معلومة البطلان . وهي : إمّا صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه . أو وقوع الوقف المشروط أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف ، ضرورة أنّه حال الوقف إن لم يكن موقوفاً عليه فهو الأول أو الثاني ، وإن فرض أنّه البطن الثاني فهو الثالث .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي خلافه ومبسوطه ﴿ يصحّ على الموجود ﴾ قال في الأوّل : إذا وقف على من لا يصحّ الوقف عليه مثل العبد أو حمل لم يوجد أو رجل مجهول وما أشبه ذلك ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين في الحال ، وبعد ذلك على الفقراء بطل الوقف فيما بدء بذكره ، لأنّه لا يصحّ الوقف عليهم ، وصحّ في حق الباقين لأنّه لا دليل على إبطاله ، ولا مانع يمنع منه ، وقال في الثاني ما حاصله أنّه مبني على صحّة تفريق الصفقة الّتي اعترف بالقول بها ، ثمّ إن كان من بطل الوقف في حقّه لا يمكن اعتبار انقراضه ، كالوقف على معدوم أو مجهول صرفت منفعة الوقف إلى من صحّ في حقهم في الحال ، وإن كان ذلك ممكناً كالعبد ففي صرفها إليهم أيضاً وعدمه ، بل تصرف إلى الفقراء والمساكين إلى انقراض العبد فترجع إليهم قولان .

وعن يحيى بن سعيد في الجامع موافقته في الصحّة في حق الباقين ، وكأنه مال إليه في غاية المراد حيث أجاب عن دليل الأول بالتزام أن هناك موقوفا عليه وهم البطن الثاني فإن أمكن اعتبار انقراض الأوّل اعتبر ذلك في جواز انتفاع البطن الثاني ، لا في نفوذ الوقف ، والنماء حينئذٍ للواقف أو ورثته ، كمنقطع الوسط ، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه ، ويقال فيهما أنه لما كان المصدَّر به محالاً كان شرط الواقف كلا شرط ، فلا يلزم بمخالفته محال ، واتباع

شرطه إنما يلزم لو كان سابقاً ، وبطلان الوقف إنّما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه لكنّه موجود قطعاً والواسطة غير صالح للمانعية .

وفيه – مضافاً إلى ما عرفت – أنّه مبني على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الّذي قد تقدّم الكلام فيه في محلّه ، بل في المسالك أنّه مناف أيضاً لاعتبار إخراج الواقف نفسه عن الوقف ولو وفاء دين أو غلة سنة في صحّة الوقف ، وتشبيهه له بمنقطع الوسط ردّ له إلى المتنازع فإنّه بمثابة منقطع الأوّل بعد الإنقطاع ، وإن أراد فيما قبله فالفرق واضح .

وبذلك ظهر لك حينئذ صلاحية الواسطة للمانعية ﴿ و ﴾ أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده بعد وضوح الفرق على العبد مثلاً بينه وبين تبعيض الصفقة الّتي يساويها وقف الشاة والخنزير مثلاً . أو الوقوف على العبد مثلاً وزيد الذي صرّح الأكثر بجوازه في الثاني في النصف ، لتوجه القصد في الأوّل إليهما فيصحّ في الجامع ويبطل في الفاقد . وفي الثاني إلى التشريك بينهما فيصحّ في القابل ، ويبطل في الفاقد بخلاف الفرض الذي تترتب في القصد بل هو قصد إلى المرتّب الّذي هو كالمركّب في اقتضاء انتفاء المرتّب عليه انتفاءه ، لعدم الترتيب حينئذٍ ، بل لعلّ التأمل يقتضي البطلان بنحو ذلك في منقطع الوسط ، و منقطع الأخير بناء على مدخلية الترتيب في المتأخّر كمدخليته في المتقدّم ، لاتّحاد سلسلة الترتيب ، فمتى كان اختلال في أوّلها أو وسطها أو آخرها بطلت ، لأنّ المعنى الترتيبي واحد بالنسبة إلى الجميع .

اللّهم إلا أن يدّعي بين المرتّب عليه والمرتب في العرف ، ولكنّه صعب مع التأمّل والاّ فلا إشكال فيه مع فرض قصد الواقف ذلك ، وحينئذٍ يكون من تبعيض الصفقة ، بل لو فرض في الأوّل أيضاً كان كذلك فلاحظ وتأمل جيداً كي لا يخفى عليك ما في الّذي حكيناه عن غاية المراد من التشبيه بمنقطع الوسط ، وما سمعته من ردّه بما في المسالك .

﴿و ﴾ كذا ظهر أيضاً لك الحال فيما ﴿ لو وقف على من لا يملك ثمّ على من يملك و ﴾ إن كان ﴿ فيه ﴾ الـ ﴿ تردد ﴾ والخلاف المزبور ﴿ و ﴾ لكن ﴿ المنع أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده لما عرفت ، ولا أقل من أن يكون الوقف المفروض محلّ شك في تناول الأدلة ، ولو الإطلاقات والعمومات فالأصل فيه الفساد ، لكن لا

يخفى عليك أن بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلوّ الوقف عن موقوف عليه — ولا ريب في كون ذلك مانعاً ومنافياً لتنجيز الوقف ، من غير فرق بين ابتداء الوقف وفي أثنائه ، وفي آخره ، ممّا عساه يظهر من المصنف والدروس من أن هذا الشرط إنّما هو في ابتداء الوقف ، وإلاّ فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعاً للموجود — لا يخلو من إبهام ،ضرورة أن الصحيح من الوقف على المعدوم تبعاً هو ما لا يقتضي خلو الوقف عن موقوف عليه في أحد الأزمنة ، وبهذا المعنى لو فرض في الأوّل يكون صحيحاً للعمومات بمعنى أنّه يقف على الموجودين ما دام لم يولد له مثلاً ، ومتى ولد له كان الوقف عليهم على وجه يكونون هم المقدمون ، ودعوى عدم صحة هذا أيضاً ممنوعة على مدعيها ، وإن كان سيأتي من المصنّف ما يوهمها ، وهو قوله «ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف» إلاّ أنه في نقل الوقف من أصله عنهم ، وهو غير ما نحن فيه مع أنّ ظاهر الشهيد في الدروس وغيره جوازه كما تسمعه في محلّه إن شاء الله تعالى .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد عرفت أنه لا خلاف بيننا كما لا إشكال في أنه ﴿ لا يصحّ ﴾ الوقف ﴿ على المملوك ﴾ بجميع أفراده المشتركة في عدم قابليّته للملك الّذي قد عرفت أنّه من مقتضى الوقف .

نعم لو قلنا بأنّه صحّ الوقف عليه وإن كان محجوراً عليه ، بل في عدم إعتبار إذن مولاه في القبول وجه ، وما عن بعض العامة — من جواز الوقف عليه على الأوّل ويكون لسيّده واضح البطلان ،ضرورة كون الوقف عقداً ﴿ و ﴾ هو تابع للقصد فـ ﴿ لا ينصرف الوقف إلى مولاه لـ ﴾ كون المفروض ﴿ أنّه لم يقصده بالوقفية ﴾ وإنّما كان قاصداً للعبد ﴿ و ﴾ كذا لا خلاف ولا إشكال في أنّه ﴿ يصحّ الوقف على المصالح ﴾ الراجعة إلى كافّة الناس أو بعضهم ﴿ كالقناطر والمساجد ﴾ لعموم الأدلّة ولا ينافي ذلك عدم قابليتها للملك ﴿ لأنّ الوقف في الحقيقة على ﴾ الناس ﴿ المسلمين ﴾ وإن وقعت هي في اللّفظ والقصد الأولى ﴿ لكن ﴾ المراد حقيقتهم باعتبار انتفاعهم في ذلك فـ ﴿ هو ﴾ حينئذٍ ﴿ صرف إلى بعض مصالحهم ﴾ وكذا الوقف على أكفان الموتى

ومؤنة حفر قبورهم بل وعلى العبيد المعدّين لخدمة البيت والحضرات المشرفة والأماكن المعظمة ، بل والبهائم كذلك لرجوع الأمر في ذلك كلّه إلى ما عرفت ، بل يمكن القول بصحّة الوقف على الجهات الخاصة ، كالوقف على كتب زيد ومدرسته مثلاً لأنّه في الحقيقة وقف على زيد أن يصرفه في مصلحه خاصة .

نعم يحتاج مع ذلك إلى ما يكون به مؤيداً ، ضرورة اتّحاد الجميع في المدرك ، و أمّا المرسل في الفقيه في باب فضل المساجد[1] «إنّه سئل عن الوقوف عليها ، فقال لا يجوز ، لأنّ المجوس وقفوا على بيوت النار» المراد به على الظاهر ما رواه هو والشيخ في التهذيب من خبر الصحارى[2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام قلت له : «الرجل اشترى داراً فبقيت عرصة فبناها بيت غلة أيوقفه على المسجد ، فقال : إن المجوس أوقفوا على بيوت النار» الّذي هو مع شذوذه وضعف سنده — واحتماله الوقف على نفس المسجد أو للترويق والزخرفة أو وقف الأولاد للخدمة كما كان في الشرع السابق وغير ذلك وإن بعد — فيمكن حمله على إدارة بيان الأولوية بالجواز ممّا ذكر فيه من التعلل ، فيكون حينئذ مؤيداً لترك «لا» في بعض النسخ في المرسل الّذي يكون حينئذٍ صريحاً على هذا التقدير في الجواز الموافق لما دلّ على الأمر بعمارتها وكنسها وغير ذلك ممّا يكون الوقف مقدّمة له ، والله العالم .

﴿ ولا يقف المسلم على الحربيّ ، وإن كان رحما ﴾ وفاقاً للمشهور كما عن المسالك ، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح ، وإن كان فيه حينئذٍ ما ستعرف ، للنهي عن موادّته وبرّه ، ولأنّه مباح المال على وجه ينافي صحّة الوقف عليه الّتي يترتب عليها عدم جوازتنا وله منه كما أومى إليه بتعليل المنع في الدروس بذلك .

لكن عن كثير من القدماء إطلاق جوازه على الكافر — بل عن مجمع البيان الإجماع على جواز أن يبرّ الرجل على من شاء من أهل الحرب قرابة كان أو غير قرابة ، وإنّما الخلاف في إعطائهم الزكاة والفطرة والكفّارات ، فلم يجوّزه أصحابنا ، وفيه خلاف بين الفقهاء — لعموم قوله[3]

(١ و ٢) الوسائل الباب — ٤٤ — من أبواب أحكام المساجد الحديث ١ — ٢ .

(٣) الوسائل الباب — ٢ — من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١ — ٢ .

عليه‌السلام الوقوف على حسب إلى آخره ونحوه والحث على الإحسان والمعروف وصلة الأرحام ، وربما كان فيه تأليف لقلوبهم وميلهم إلى الإسلام . ولأنّ «لكلّ كبد حرّاء أجر[1] » والنهي عن الموادة من حيث كونه محادًّا ومحارباً ، وإلاّ لحزم محادثتهم والتعارف معهم ونحوه ، وتحريم تغييره من حيث كونه وقفاً ، لا ينافي جوازه من حيث كونه مال حربي ، لا أقلّ من أن يكون التعارض من وجه ، ولا ريب في رجحان الأخير ، ومع الإغضاء عن ذلك كلّه ، فالنهي عن الموادة لا يقتضي الفساد إذا كانت في عقد من العقود بل أقصاها الإثم .

ولكن فيه – بعد إمكان إرادة خصوص الذمي الذي ستعرف الحال فيه من الإطلاق كما عن الشهيد وجماعة ، وأن يراد من معقد الإجماع المزبور ما لا يشمل الوقف عليهم . الّذي هو أولى بالمنع من الوصية الّتي أطبقوا على ما قيل إلاّ من شذّ على عدم جوازها له بل ظاهر المبسوط الإجماع على ذلك – أن ضرورة الشريعة تقتضي الحث على قطع رحم الكفر . وعلى الإساءة لهم بكل ما يمكن ، لأنّهم شرّ دواب الأرض المؤذية وأنّ الفساد على تقدير اعتبار القربة فيه واضح ، لمعلومية عدم كون العبادة محرّمة ، بل وعلى العدم أيضاً للنهي عن نفس العقد الّذي هو فرد المقتضى للبرّ والموادة كالنهي عن فرد الإعانة على الإثم ، وليس هو لأمر خارجي كالبيع وقت النداء والظاهر أنّ ذلك مبني الفساد عندهم ، لا ما في الرياض من عدم صلاحية الحربي للملك الذي هو مقتضى الوقف ، ولا أقلّ من أن يكون محلّ شك ، والأصل الفساد . إذ هو كما ترى مناف للضرورة وما سمعته من إباحة ماله لا يقتضي ذلك ، بل هو ظاهر في خلافه كظهور أدلّة التمليك في ذلك أيضاً ، بل هو كالضروري من مذهبنا .

نعم قد يتوقف بناء على الصحة في تملك المسلم منه بالاغتنام ونحوه ، لكونه وقفاً لمسلم جامعا للشرايط ، اللّهمّ إلاّ أن يرجح ما دلّ على أنّ ماله فيء للمسلمين على ذلك بعد فرض تناول ذلك لمثل هذا المال له ، كما أومأنا إليه سابقاً ، وهو أمر آخر غير ما نحن فيه . فتأمل جيّداً والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب – ٣٩ من أبواب الصدقة الحديث – ٥ .

﴿ و ﴾ أما القول بجواز أن ﴿ يقف ﴾ المسلم ﴿ على الذمي ولو كان أجنبيا ﴾ فهو يحكي عن التذكرة والتبصرة ، وموضع من التحرير والدروس وإيضاح النافع ، بل لعله لازم للقائل بجواز الصدقة عليه الذي نسبه في المسالك إلى الأشهر ، بل في الكفاية إلى المشهور ، بل قيل لم يحك الخلاف فيه إلاّ عن الحسن ، ومنه ينقدح الإستدلال عليه بالنصوص الدالة على ذلك ، مضافاً إلى عموم المقام ، بل وعموم الإحسان والمعروف وصلة الرحم وغيرها ، بعد قوله (تعالى)[1] «لا ينهاكم الله ...» وإلى فحوى ما دلّ على جواز الوصية من الإجماع المحكي ، أو النصوص وإلى ما سمعته من إجماع مجمع البيان ، بل لا ينافي ذلك القول باعتبار القربة فيه بعد فرض شمول الأدلّة له ، ضرورة عدم المانع من كونه مقرباً إلى الله تعالى ، وإن كان على أهل الذمة كالصدقة ، وبذلك يظهر لك ضعف القول باختصاص الجواز في الرحم — وإن حكي عن الشيخين وأبي الصلاح وبني حمزة وزهرة وسعيد وإدريس ، بل في جامع المقاصد أنه المشهور ، بل في الخلاف الإجماع عليه ، بل قد يظهر من الغنية نفي الخلاف فيه — للمرسل[2] «إن صفيّة وقفت على أخ لها يهودي فأقرّها النبي صلى الله عليه وآله وسلم » ضرورة عدم دليل صالح للإختصاص ، وإن زاد الرحم بما دلّ على رجحان صلته والوقف على الأرحام ، بل يمكن إرادة القائلين وضوح القول بالجواز فيهم ، لا الجزم بنفيه عن غيرهم ، وحينئذٍ لا يكون مخالفاً للمختار ، وكذا القول باختصاصه فيما إذا كان أحد الأبوين مع أنا لم نتحقق القول به إلاّ ما يحكي عن السرائر مع أن المنقول عنها في موضع آخر التصريح بجوازه على مطلق الأرحام ، كما لم نتحقق الدليل له إلا المرسل في محكي المراسم «إذا كان الكافر أحد أبوي الواقف كان جائزاً» والأمر بمعاشرتهما بالمعروف وهما غير صالحين للدلالة على الإختصاص ، وأمّا القول بالمنع ، وإن حكى عن سلار وابن البراج والفخر والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه لكن لا دليل لهم سوى ما سمعته في الحربي الذي يجب الخروج عنه بما عرفته هناك كما هو واضح ، هذا .

ولكن في الرياض المناقشة في أصل دلالة العمومات على الجواز مطلقا بكون المراد من قوله عليه‌السلام «الوقوف» إلى آخره وغيره ، الوقوف الصحيحة المتضمنة لشرائط الصحّة الّتي منها

(١) سورة الممتحنة الآية ــ ٨.
(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٢٢ طبعة بيروت دار الكتاب العربي سنة ١٩٣٢.

قصد القربة ، وهي فرع الأمر بالوقف أو مطلق الصدقة عليهم والمبرّة بهم ، ولا أثر له في الشريعة لا في الكتاب ولا في سنة ، فكيف يقصد التقرب بشيء لم يرد به أمر أو حثّ أو ترغيب نحو ما ورد في المستحبات الشرعية ، وبذلك يظهر لك الجواب عن الإستدلال بقوله عليه‌السلام «لكلّ كبد حراء أجر» وبآية «لا ينهاكم الله» إلى آخره فإن غايتها الدلالة على ثبوت الأجر ، وعدم النهي عن المودّة ، وهما لا يستلزمان الأمر بالوقف أو المودّة حتّى يتحقّق فيه قصد القربة المشترطة في الصحّة ، مع معارضتها بعموم دليل المنع ، حتّى يتحقّق فيه قصد القربة المشترطة في الصحّة ، مـع معارضتها بعموم دليل المنع ، وهو قوله تعالى [1] «لا تجد قوماً يومنون بالله» إلى آخره ، مع أني لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا وفي الشرايع قائلاً ، إلى أن قال : فهو ضعيف غايته .

وهو من غرائب الكلام وما كنّا لنؤثر أن يقع ذلك منه لا في النظر ولا في التتبّع ، إذ قد عرفت أنه قول غير المصنف أوّلاً ، وثانياً لا يخفي عليك – بعد الإغضاء عمّا في تقييد العمومات بالصحيحة المقتضى لعدم استفادة الصحيح منها حينئذٍ ، والأغضاء عن شرطيّة نيّة القربة -- أنّه يكفي في ذلك إطلاق ما دلّ على استحباب الوقف ، وأنّه من الصدقة الجارية ، ضرورة عدم الفرق بين متعلّقه ومتعلّق أوامر الصدقة بين المسلم والذمي خصوصاً بعد الخبر «أن لكل كبد حرّاء أجراً» وكذا ما دلّ على الأمر بالإحسان وبالمعروف وفعل الخير ونحو ذلك ، بل قوله تعالى [2] «لا ينهاكم الله» إلى آخره كاف في ثبوت الحث على برّهم ، والإقساط إليهم بالمودّة ، «فإنّ الله يحبُّ المقسطين و المحسنين ، ويأمر بالإحسان [3]» وأغرب من ذلك قوله فإن «غايتها» إلى آخره وبالجملة هو من غرائب الكلام ، والله هو المؤيد والمسدّد والحافظ من زلل الاقدام والاقلام .

هذا كلّه في الوقف عليهم أنفسهم من حيث أنهم من بني آدم ، ﴿ و ﴾ يمكـن تـولـد مسلم منهم ، بل يمكن صيرورتهم مسلمين ، بخلاف ما ﴿ لو وقف على الكنايس والبيع ﴾ الّتي هي معابدهم فإنّه ﴿ لم يصحّ ﴾ بلا خلاف أجده فيه بل عن ظاهر المبسوط والـغنية

(١) سورة المجادلة الآية – ٢٢ .

(٢) سورة الممتحنة الآية – ٨ .

(٣) سورة البقرة الآية – ١٩٥ وسورة النحل الآية ٩٠ .

نفيه بين المسلمين لكونه إعانة لهم على ما هو محرم عليهم من التعبيد فيها ونحوه وبذلك افترق عن الوقف عليهم لا بقصد شيء من ذلك وإن صرفوهم في المحرم ، وعلى المسلمين أو مصالحهم كمساجدهم وقناطرهم ونحوها مما يستحب إعانتهم عليه هذا .

ولكن في المسالك بعد أن ذكر وجه المنع بنحو ما قلناه قال : وأمّا تعليل المنع – بأن من جملة مصرف الوقف عمارتها وهي محرّمة ، بخلاف عمارة المساجد ، وباقي مصالح أهل الذمّة – فغير مطرد ، لأنّ من الكنايس ما يجوز لهم عمارتها بل هو الأغلب في بلاد الإسلام ، وتخصيصه بكنيسة لا يجوز احداثها كالمحدثة في أرض الإسلام ، أو أرضهم بعيد عن الإطلاق من غير ضرورة» .

وفيه أن عدم منعنالهم عن ذلك لكونه من مقتضى عقد الذمة ، لا يقتضي الجواز لهم في الواقع ، بل هو محرّم عليهم ، وحينئذٍ لا يجوز الوقف منّا لهم على هذه الجهة ، للإعانة على الإثم ، نعم لا بأس في الوقف على المصالح الراجعة إليهم الجائزة لهم كبناء دورهم ونحوها ، لأنّه كالوقف عليهم .

﴿ وكذلـ ﴾ ك في عدم الصحّة ﴿ لو وقف على معونة الزناة ﴾ في زناهم من المسلمين فضلاً عن غيرهم ، ﴿ أو قطاع الطريق أو شاربي الخمر ﴾ أو غيرهم لاشتراكهم معهم في الدليل الذي هو النهي عن الإعانة على الإثم ، والوقف بهذا القصد فرد منها ، فبناء على اعتبار القربة فيها فالأمر واضح ، وعلى العدم يبطل لكون النهي عنه نفسه باعتبار أنه إعانة ، نحو ما سمعته في الموادّة ﴿ وكذا لو وقف على كتب ما يسمى الآن بالتوراة ، و الإنجيل ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن التذكرة وكذا المبسوط ، لا لأنّها منسوخة ، فإن ذلك لا يقتضي حرمة النظر فيها كالمنسوخ من القرآن وإن توقف فيه في جامع المقاصد لاختلاف الملّتين بخلاف منسوخ القرآن إلاّ أنه كما ترى بل ﴿ لأنّها محرفة ﴾ ولو في الجملة وبه صارت من كتب الضلال الّتي لا يجوز نسخها والنظر فيها لغير النقض ولذا غضب رسول الله ﷺ على عمر لما رأى في يده شيئاً من التوراة[1] «وقال له : أفي شك أنت يا بن الخطاب ، ألم آت بها بيضاء نقية ،

---

(١) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ٢٢٢ طبعة بيروت دار الكتاب العربي سنة ١٩٣٢.

ولو كان أخي موسى حيًّا لما وسعه إلا اتباعي» ولو وقف عليها بقصد الوجه الذي يجوز له إمساكها والنظر فيه جاز ، لكونه حينئذ طاعة إلاّ أن الفرض لما كان نادراً أطلقوا المنع من الوقوف عليها ، كإطلاقهم المنع على الحربي ، والبيع مع إمكان فرض جهة راجحة يجوز لها ذلك ، لكنّه بعد تسليم إمكان فرضه خروج عن محلّ البحث كما هو واضح . هذا كلّه في وقف المسلم .

﴿ و أمـا ﴾ ﴿ لو وقف الكافر ﴾ على البيع والكنايس أو أحد الكتابين ﴿ جاز ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن المقتصر الأعراف به بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه .

نعم في جامع المقاصد بعد أن افتى بالجواز قال : «وفيه وجه آخر» وعلى كل حال فالمعروف الأوّل إقراراً لهم على دينهم ، لكن في المسالك هو يتم بناء على عدم اشتراط القربة ، أما معه فمشكل من حيث إن ذلك معصية في الواقع ، فلا يتحقق معنى القربة بها إلاّ أن يراد قصدها في الجملة وإن لم تحصل ، أو قصدها ممن يعتقد حصولها ، و هذا هو الظاهر ، والأصل في ذلك ما عن الآبي في كشفه قال : سألت المصنف عن وجه عدم الصحّة أي الّذي ذكره في النافع ، فأجاب بأنّه يمكن أن يقال : أن نية القربة شرط في الوقف ، ولا يمكن ذلك في الكافر ، فلا يصحّ منه الوقف .

وناقشه فيه بأنَّ لقائل أن يمنع المتقدمين ، والوجه الصحّة ، إذ كلّ قوم يدينُون بدين ويعترفون بمعبود يتوجهون إليه ، وتبعها في الرياض ، فإنّه بعد أن حكى عن المصنف احتمال عدم الجواز لتعذّر النيّة قال : وفيه نظر ، لاختصاصه بالمعطّلة والدهريّة .

وفيه أن الجواز الإقراري غير محتاج إلى شيء من ذلك ، ضرورة أنه كوقف الخنزير ونحوه ، وأما الجواز الواقع الذي ينبغي فرضه في الجامع لشرائط الصحّة عندنا ، سوى أنّه من كافر لا في نحو المقام الذي باطل عندنا ، والفرضُ اشتراكهم في الفروع معنا ، و حينئذٍ فلا ريب في الفساد بناء على أن الوقف من العبادات المعتبر فيها النيّة المتوقفة على تحقق الأمر ، وليس هي إلاّ

بالصحيحة الجامعة للشرايط الّتي منها الإسلام ، ودعوى الإتفاق على الصحّة من الكافر في وقفه الجامع يقتضي ما أشرنا إليه من عدم اعتبار نيّة القربة فيه ، وإلاّ لم يكف القصد المزبور ، ضرورة شرطية الإسلام في صحّة عباداتهم الجامعة للشرايط ، فضلاً عن محلّ الفرض الّذي ليس موضوع عبادة في الواقع ، والمذهب على اشتراكهم معنا في الفروع ولعلّ ذلك هو مراد المصنف كما وقع له في العتق ، بل كذلك الكلام في الوقف من فرق المسلمين المخالفة للحق ، فإنّه باطل على اعتبار القربة لمعلومية اشتراط الإيمان في صحّة العبادة» .

وأما الوقف عليهم فالظاهر جوازه لنحو ما سمعته في الوقف على الذمي ، إلاّ ما كان ملحقاً منهم بالحربي كالخوارج والغلاة والنواصب ونحوهم ممّا لم يثبت شرعية الوقف عليهم إن لم يكن الثابت من الأدلة خلافه ، وهو معنى آخر غير اشتراط القربة ، وعليه يتفرع عدم جواز الوقف على الفاسق من حيث كونه كذلك ، وكذا الكافر والمخالف على وجه لا يكون من الإعانة على الإثم ، فليس حينئذٍ إلاّ اعتبار مشروعية جهة الوقف في الصحّة فتأمل جيّداً ، فإنّه دقيق نافع ، وممّا ذكرنا يعلم وجه الصحّة في وقف الكافر على بيوت النيران وقرابين الشمس والكواكب كما هو المحكي عن المقنعة والمهذب والكافي والوسيلة و السرائر والدروس والمقتصر ، بل وظاهر النهاية والجامع ، إذ هي إما أن يراد منها الصحّة الإقرارية إن كانوا ممّن يقرون على ذلك ، نحو قولهم بصحّة وقف الذمي الخنزير على مثله ، أو مبني على عدم اعتبار نية القربة في الوقف ، بل وعلى عدم اعتبار مشروعية الجهة في الوقف في الواقع ، لكن عن المختلف والتنقيح التصريح بعدم صحّة ذلك ، وهو مبني على إرادة الصحّة الواقعية لا الإقرارية ، وأن القربة معتبرة فيها أو مشروعية الجهة والله العالم .

﴿ والمسلم إذا وقف على الفقراء انصرف ﴾ عرفاً ﴿ إلى ﴾ إرادة ﴿ فقراء المسلمين دون غيرهم ﴾ وإن كان اللفظ جمعاً معرفاً ، ومقتضاه الإستغراق ، إلاّ أن شهادة الحال عرفاً تكفي في تخصيصه ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو وقف الكافر كذلك ﴾ بأن جعل عنوان وقفه الفـقراء ﴿ انصرف إلى فقراء نحلته ﴾ أيضاً لما عرفت بلا خلاف أجده فيهما ، وليس هو من الحقيقة العرفية حتى يبني على مسألة تقديمها على اللغوية أو بالعكس كما توهم ، بل

هو من القرينة على إرادة الإختصاص ، بل الظاهر قيامها على إرادة فقراء أهل مذهبه ، لا غيرهم كما اعترف به بعضهم ، بل يمكن إرادة الأكثر له ، وإن أطلقوا ، إلاّ أنّه كان بصدد بيان عدم دخول فقراء الكافرين من حيث كون الواقف مسلماً ، من المحقّقين كان أو المبطلين ، أما لو فرض كونه إمامياً فشاهد هذا الحال الذي ذكرناه بنفسه قائم أيضاً على إرادة الفقراء من الإماميّة دون غيرهم ، وهكذا إلاّ مع القرينة الدالة على إرادة خلاف قرينة الإطلاق ، وكذا لو جعل العنوان فقراء بلد أو بلد مخصوص .

نعم لو لم يكن في البلد إلاّ فقراء غير مذهبه ، وكان عالماً بذلك اتّجه حينئذٍ الصرف إليهم للقرينة ، أما إذا لم يكن عالماً فلا يبعد بطلان الوقف لعدم الموقوف عليه خلافاً لما في المسالك من أن الأولى الصحّة عملاً بالعموم المتناول للموجودين وحملا للوقف على الوجه الصحيح ، وفيه ما لا يخفى بعد فرض انصراف الإطلاق إلى ما ذكرناه وعدم القرينة إلى غيره .

﴿ ولو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلّى إلى القبلة ﴾ كما عن الأكثر ، بل المشهور ، وهي الكعبة المشرفة ، أي تدين بالصلاة إليها وإن لم يفعل ، خلافاً لما عن المفيد من اشتراط الفعل ، بل الظاهر ما صرّح به غير واحد من دخول أطفالهم ومجانينهم والمستضعفين منهم ونحوهم ممن محكوم بإسلامه شرعاً للتبعية ، بل والإناث وإن كانت الصيغة للذكور ، إلاّ أن المراد منها الجنس .

نعم يخرج عنهم كلّ من حكم بكفره ، ولو لسبّ ونحوه ، وإن انتحل الإسلام كالخوارج والغلاة ونحوهم ما لم يكن الواقف منهم ، وإن احتمل دخولهم في الرياض ، لكنّه في غير محله ، من غير فرق في ذلك كله بين كون الواقف من المسلمين محقاً وغيره ، للعموم .

وقيل : إن كان الواقف محقاً اختص الوقف بقبيلته بشاهد الحال ، كما لو وقف على الفقراء ، ولمنع صحّة الوقف على غير المحق ، بناء على اعتبار القربة فيه ، وفيه منع شهادته بذلك ، ولا تلازم بين اقتضائه في لفظ الفقراء ، واقتضائه في لفظ المسلمين ، وإلاّ لاقتضى في لفظ الناس وبني آدم ونحوهم ، والتعليل بعدم صحّة الوقف على غير المحق خروج عن محل البحث ، أولاً ، وممنوع ثانياً وإن قلنا باعتبار القربة فيه ، كما أوضحنا سابقاً .

ومنه يعلم ضعف ما عن الحلبي من خروج غير المؤمن إن كان مبناه الحكم بكفره على وجه لا يجوز الوقف عليه كما أن من ذلك كله يظهر لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض خصوصاً بعد ملاحظة كون المرجع في المسألة الفهم عرفاً ولو بشاهد الحال ، فإيكاله حينئذٍ إلى الوجدان كما في نظائره أولى من إقامة الدليل والبرهان ، وكذا في الدروس من أن الرجوع إلى الإعتقاد قوي ، وإن خفي بني على تحقّق الإسلام والكفر وهو في علم الكلام ، والله العالم .

﴿ ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الإثنى عشرية ، وقيل : ﴾ والقائل الشيخ وجماعة ﴿ إلى مجتنبي الكبائر ﴾ منهم الّتي منها الإصرار على الصغائر ﴿ والأوّل أشبه ﴾ لعدم الدليل على اعتبار ذلك في الإيمان بل ظاهر الأدلة خلافه بل استقر المذهب الآن على ذلك بل هو المحكي عن التبيان للشيخ قائلاً أنّه كذلك عندنا ، مشعراً بالإتفاق عليه ، و عن الحلبي والديلمي وكافة المتأخّرين ، بل ظاهر المصنف والأكثر على ما اعترف به بعضهم بل في الرياض نسبته إليهم عدم الفرق في الإنصراف المزبور بين كون الواقف منهم أو من غيرهم .

لكن في المسالك بعد أن ذكر أن للإيمان معنيين ، عام ، وهو التصديق القلبي بما جاء به محمّد صلى الله عليه وآله ، وهو أخص من الإسلام ، وخاص ، وهو أيضاً قسمان أحدهما أنّه كذلك مع العمل الصالح ، فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن والثاني الإعتقاد بإمامة الأئمة الإثني عشر عليهم السلام ، وهو المتعارف بين الامامية وذكر ما اقتضاه ظاهر المصنف والأكثر قال : «وهو مشكل لأن ذلك غير معروف عنده ، ولا قصده متوجه إليه ، فكيف يحمل عليه ، وليس الحكم فيه كالمسلمين في أنّ لفظة عام فينصرف إلى ما دلّ عليه اللفظ ، وإن خالف معتقد الواقف كما تقدم ، لأنّ الإيمان لغة هو مطلق التصديق ، وليس بمراد هنا واصطلاحا مختلف بحسب المصطلحين ، والمعنى الذي اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام ، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إمامي كان حسنا ، أو يقال : إذا كان من الوعيدية يحمل على معتقده أو من الإماميّة ، فعلى معتقده ، أو من غيره فعلى معتقده عملاً بشاهد الحال ودلالة العرف الخاص والقرائن الحالية ، ولو كان الواقف إمامياً وعيدياً كما اتفق لكثير من قدمائنا تعارض العرفان ، ولعل حمله على المعنى المشهور وهو الأخير أوضح لأنه أعرف» وتبعه على ذلك في الرياض .

قلت : قد يقال : إن نظر الاصحاب إلى أن هذا الإختلاف في مصداق المؤمن الموجود في الكتاب والسنة النبوية وأخبار الأئمّة عليهم‌السلام ، وليس هو تعدد اصطلاح منهم ، وحينئذٍ فمن أوقف أو أوصى وجعل العنوان المؤمن نفذ فيما هو مصداقه واقعا ، لظهور إرادة الواقع من كلّ متكلّم إذا كان من قبيل لا يعرف اختلاف علمائه في ذلك ، بل لعله كذلك وإن كان خلاف ما اعتقده الواقف ، إلا أن تكون قرينة على إرادته بوقفه ما يزعم أنه مصداق له ، ومجرد الاختيار في التفسير لا يصلح قرينة على ذلك ، ولا ريب في أن المؤمن في العرف السابق ، المصدق قلباً بمحمد صلى‌الله‌عليه‌وآله ، وما جاء به ، وفي العرف الحادث المصدق مع ذلك بإمامة الأئمّة الاثنى عشر عليهم‌السلام ، فهم المؤمنون حينئذٍ حقاً .

نعم يعتبر فيهم عدم صدور ما يخرجهم عن الايمان إلى الكفر من سب وانكار ضروري المذهب ونحو ذلك ، مثل ما سمعته في المسلم بالنسبة إلى ذلك ، بل وبالنسبة إلى إدخال أطفالهم ومجانينهم ممّا هو محكوم بايمانه بالتبعية ، بل والمستضعف منهم ، وكأنه أشار الى بعض ما ذكرنا في الدروس حيث اعتبر اعتقاد العصمة في الاثنى عشر مع الامامة ، ولعلّه لأنّها من ضروريات المذهب الّذي يقتضي إنكارها - من أهل المذهب الكفر ، وإن نظر فيه في المسالك قال : «ويلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم من معتقدات الامامية المجمع عليها ، والفتاوى خالية عنه ، والظاهر يشهد بخلافه» لكن فيه ما لا يخفى بعد الاحاطة بما ذكرناه ، والله العالم .

﴿ ولو وقف على الشيعة فهو﴾ في عرفنا الآن ﴿ للإمامية﴾ خاصة كما اعترف به في الرياض ، بل في المسالك حكاه عن بعض من تقدمه ، لكن قال : هو غريب بناء منه على أنّ الشيعي من شايع علياً عليه‌السلام في الامامة مقدماً له على غيره بعد النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله .

﴿ و ﴾ حينئذٍ فيندرج فيهم ﴿ الجارودية﴾ والاسماعيلية من فرق الزيدية ﴿ دون غيرهم﴾ والكيسانية والواقفية والفطحية وغيرهم ، الا أن المصنف اقتصر على الجارودية ﴿ من فرق الزيدية ﴾ للقول : بإمامه الشيخين من باقي فرقهم وانقراض الطوائف الأخر .

وعلى كل حال فالقول بالانصراف المزبور هو المشهور بين الاصحاب كما في المسالك ولا يختص به فرقة نحلة الواقف خلافاً للمحكي عن ابن ادريس فقال : «إن كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام عليه ، وصرف فى أهل نحلته دون من عداهم ، عملاً بشاهد الحال » وعن التذكرة نفي البأس عنه ، وهو كذلك مع فرض قيام قرينة عليه وإلاّ فالحكم لمصداق اللفظ في الواقع كالمسلم ، ومع فرض الاختلاف في مصداق الشيعي فالحكم على حسب ما قلناه في المؤمن ، وهو واضح ، كوضوح الانصراف الآن من هذا اللفظ – لو كان الواقف اثنى عشرياً – إليهم خاصة ، ولا يدخل فيه أحد من الجارودية أو غيرهم ولعل كلام الأصحاب محمول على حال عدم القرينة ، فإن الأمر يدور حينئذٍ على المفهوم واقعاً في نفسه ، ومن ذلك يظهر لك الحال فيما أورده بعض الناس – ممن قارب عصرنا – على الأصحاب من معلومية خروج غير الإثني عشرية إذا كان الواقف واحد منهم كما هو واضح ﴿ وهكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبة دخل فيها كلّ من اطلقت﴾ عليه إلا أن تكون هناك قرينة صارفة ، وهذا هو الضابط فى جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات .

لكن في المسالك «لا كلام في ذلك مع اتفاق العرف والاصطلاح ، ومع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف ، وبهذا يتخرج الخلاف والحكم في الجميع » وهو كذلك مع فرض العرف الخاص ، لا القول الخاص فى التفسير كما عرفته سابقا ، ولكن لا يخفى عليك عدم تخرج الخلاف على ذلك ضرورة عدم النزاع في تقديم العرفية الخاصة على غيرها في لفظ أهلها كما هو واضح .

﴿ و﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو وقف على الإمامية ، كان للاثنى عشرية﴾ خاصّة لأنّهم المعروفون بهذا الإسم ، والظاهر عدم اعتبار اجتناب الكبائر هنا ممن اعتبره في المؤمن كما هو مقتضى دليل القائل اما اعتبار العصمة فقد يظهر من الدروس ذلك ، ولا يبعد أن يكون التحقيق فيها ما ذكرناه في المؤمن فلاحظ وتأمل ﴿ ولو وقف على الزيدية كان للقائلين بإمامة زيد بن علي﴾ بن الحسين ﴿ عليه السلام ﴾ ثمّ لكلّ من خرج بالسيف من ولد

فاطمة عليهاالسلام من ذوي العلم والرأي والصلاح ، وما عن ابن ادريس من بطلان الوقف إذا كان الواقف غير زيدي خروج عن محل البحث .

﴿ وكذا ﴾ الحال ﴿ لو علقهم بنسبته إلى أب ، كان لكل من انتسب إليه بالابوة كالهاشميّين : فهو لمن انتسب الى هاشم من ولد أبي طالب (عليه السلام) والحارث والعباس وأبي لهب ، والطالبيّن : فهو لمن ولده أبو طالب عليه السلام﴾ منهم خاصة بلا خلاف ولا اشكال في شيء من ذلك بل ﴿ و ﴾ لا اشكال في أنه ﴿ يشترك الذكور والاناث﴾ في ذلك ﴿ المنسوبون إليه من جهة الأب نظراً إلى العرف﴾ إذا كان بلفظ لا يخص أحدهم كالهاشمية والعلوية ، بل والهاشميّين والعلويّين ونحوهم ممّا يفهم إرادة الجنس منه أو هو مبني على التغليب ﴿ و ﴾ أما المنتسبون اليه بالأمّ ف ﴿ فيه خلاف للأصحاب﴾ وقد حققنا في كتاب الخمس عدم دخولهم في مثل هذه الاسماء الّتي هي نحو أسماء القبائل ، وإن قلنا بكونهم أبناء وأولاداً حقيقة ، فضلاً عن الذرية ونحوهما ، فلا يجري عليهم الحكم الذي عنوانه ذلك كالخمس ، بخلاف الحكم الذي – عنوانه الثاني كالنكاح ، ولعل المرتضى ومن تابعه اشتبه في حكم العنوانين ، لا في الاندراج في الموضوعين فلاحظ وتأمل جيداً والله العالم .

﴿ولو وقف على الجيران رجع إلى العرف ﴾ كما في القواعد وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والروض والمسالك والكفاية على ما حكي عن بعضها ، وقواه بعض ، واستحسنه آخر ، وحكاه في جامع المقاصد عن جماعة ، لأنّه المدار في الالفاظ الصادرة من أهله . ﴿ وقيل : لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً﴾ كل ذراع أربعة وعشرون أصبعاً من كلّ جانب ﴿ وهو حسن ﴾ بل في غير كتاب نسبته إلى الأكثر ، بل في المسالك وغيرها نسبته إلى المشهور ، بل في محكى الغنيمة وظاهر التنقيح الاجماع عليه ، بل قيل إنّه يلوح أو يظهر من السرائر بل عن موضعين من الخلاف نسبته إلى روايات أصحابنا واجماعهم ، بل قد افتى به من لا يعمل إلاّ بالقطعيات كالتقى وابني زهرة وادريس ، وذكره من عادته التعبير بمتون الأخبار كالمقنعة والنهاية وغيرهما من كتب القدماء ، ولعلّه غير مناف

للأول ضرورة أنه تحديد للعرف بذلك ، كما هي عادة الشارع في مثل ذلك ، كالوجه والمسافة ونحوهما ممّا يشك في بعض الافراد منها ، بعدم معرفة التحقيق في العرف على وجـه يعلم الداخل فيه ، والخارج عنه فيضبطه الشارع الذى لا يخفى عليه الشيء بما هو حد له في الواقع ، وليس ذلك منه معنى جديد ، ولا ادخال لما هو معلوم الخروج في العرف وبالعكس .

﴿ و ﴾ من هنا كان ما ﴿ قيل ﴾ وإن لم نعرف قائله كما اعترف به في المسالك من تحديده بما يلي داره ﴿ إلى أربعين داراً من كل جانب ﴾ صغيرة كانت أو كبيرة ضعيفاً جدا ، بل في المتن ﴿ وهو مطرح ﴾ وفي غيره شاذ وفي ثالث ليس بشيء ، كلّ ذلك للقطع بمخالفة العرف له وجعله عرفاً شرعياً غير مجد في الالفاظ المتداولة بين أهل العرف في غيره كما هو المفروض .

وإن رواه جميل بن دراج في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه‌السلام [(١)] «حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ جانب ، من بين يديه ومن خلفه ، وعن يمينه وعن شماله » .

وعمرو بن عكرمة عنه عليه‌السلام أيضا [(٢)] «قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : كل أربعين داراً جيران من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله» .

وعمرو بن عكرمة عنه عليه‌السلام أيضاً في حديث طويل في آخره [(٣)] «أنّ رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله أمر علياً وسلمان وأبا ذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثة ، ثم أومأ بيده إلى أربعين داراً من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن شماله » .

لكنّها محمولة على التقية من العامة الّذين حكموا بذلك [(٤)] للمرسل عن عايشة «أنّ النبيّ سئل عن حـدّ الجوار ، فـقال : إلى أربعين داراً » أو على إرادة جوار الشرف كما كني النجف

(١ و٢) الوسائل الباب – ٩٠ – من أبواب أحكام العشرة الحديث ١ – ٢ .

(٣) الوسائل الباب – ٨٤ – من أبواب أحكام العشرة الحديث ١ .

(٤) المغني لابن قدامة ج٤ص ٥٥٦ طبع دار الكتب العربية بيروت سنة ١٣٩٠

وكربلا وغيرهما بعنوان المجاورة لقبورهم ، أو غير ذلك ، فمن الغريب ميل ثاني الشهيدين إلى هذا القول مع شدة مخالفته للقواعد الشرعية ، ضرورة اقتضائه الوقف أو الوصيّة لمن يعلم بعدم إرادة الواقف والموصى إيّاه كما هو واضح .

ومن ذلك يعلم أن المدار في التحديد المزبور على نحو ذلك أيضا ، فلو علم بدخول من خرج عن التحديد فى ارادة الواقف حكم بدخوله ، وإنّما فائدة التحديد عند الاشتباه .

ولو انتهى عدد الاذرع إلى باب الدار خاصّة فعن ابن البراج الدخول ، وقواه فى الدروس ، بل لعله ظاهر محكي المقنعة والنهاية أيضاً وكأنّه مبني على دخول الغاية في المُغيّا ، ولعله هنا كذلك : أما إذا انتهى إلى أثناء دار فلا اشكال فى الدخول عرفاً .

لكن في المسالك إن انتهى العدد الى آخر دار أو بين دارين فالحدّ متميزّ ، وإن انتهى اثناء دار هل يدخل فى الحدّ أم لا يبنى على دخول الغاية في المغيّا مطلقا أم لا أم بالتفصيل بالمفصل المحسوس ، فلا يدخل وعدمه فيدخل ، والاقوى تفريعاً عليه حينئذٍ الدخول ، ولو وصل المقدار الى باب داره خاصة ، بني على ما ذكر وأولى بعدم الدخول هنا ، وصرّح ابن البراج بدخوله فى عبارة ردّية وقوّاه في الدروس ، ولا يخفى عليك ما فيه ضرورة كون المدار في التحديد دخول من وصل إليه بعض الحدّ إنما الاشكال خاصّة فيما إذا كانت باب الدار مثلا على رأس الذراع الأخير ، وهو المبني على ذلك كما هو واضح بأدنى تأمل . ولا يعتبر في الجار عرفاً الملكية ، فيدخل حينئذٍ المستأجر والمستعير ونحوهما بل والغاصب في وجه قوي ، وإن كان المحكى عن التحرير عدم استحقاقه ، بل حكى عنه التوقف في المستأجر والمستعير ، ولو باع صاحب الدار داره فسكنها المشتري دخل هو وخرج البايع ، ولو عاد عاد الإستحقاق ، وكذا المستعير والمستأجر وغيرهما ضرورة دوران الحكم على التلبّس بالوصف وجوداً وعدماً .

نعم لو غاب غيبة بقصد الرجوع مع بقاء عياله وعدمه لم يخرج بذلك عن الوصف وإن حصل الوقف حالها الاّ مع طول المدّة المقتضية ذلك عرفاً ، ولا عبرة بتقارب الدور مع عدم السكنى حتّى على الثالث ، وإن احتمله في المسالك ، لكنّه في غاية الضعف ،ضرورة مدخلية السكنى في صدق اسم الجار ، لا ملك الدار ونحوه ، لكن يكفى فيها صدقها عرفاً ،

فلو كان له داران يسكنهما صدق كونه جار الكل من يليهما مع تردده لكلّ منهما أما إذا كانت سكناه فيهما على التناوب ولو بحسب الفصول ، ففي المسالك استحق زمن السكنى .

والظاهر أن القسمة على عدد الرؤوس على الثلاثة ، لصدق الجيران عرفاً على الجميع وإن دخل بعضهم في العيال في وجه قوي .

نعم يخرج العبد لعدم قابليته للملك ، إن كان المراد الملكية ، لكن في المسالك لو اعتبرنا عدد الدور في قسمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان ، وعلى الثاني يقسم على الدور أوّلا ، ثمّ يقسم حصّة كلّ دار على رؤس أهلها ، وفيه ما لا يخفى من أنّه لا اقتضاء في التحديد بالدور واعتبارها نفسها في الجوار لا ساكنيها ، بل المراد هم ، وإن كان التحديد بها كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو وقف على مصلحة ﴾ كمسجد وقنطرة ونحوهما ﴿ فبطل رسمها ﴾ وأثرها بالمرة ﴿ صرف في وجوه البرّ ﴾ كما هو المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل لم أقف على رادّ له من الأصحاب عدا المصنف في النافع . حيث نسبه إلى قول ، مشعراً بتردده فيه ، وقد نسبه في محكى المهذب إلى الندرة ، وغيره إلى الضعف ، بل في محكي السرائر نفى الخلاف فيه ، بل قيل ظاهرة بين المسلمين ، وكان الوجه فيه بعد معلومية إرادة الواقف الدوام ، ولو زعم دوام تلك المصلحة ، بل عن جامع الشرايع وجامع المقاصد التصريح بكون الفرض ممّا تقتضي العادة بدوامها إلاّ أنّه اتفق بطلان رسمها على خلاف العادة استصحاب صحته ، واطلاق الادلة الّتي ليس فيها ما يقتضي البطلان بتعذر المصرف المعين ، إذ هو ليس مقتضيا لانتفاء الموقوف عليه الّذي هو في الفرض المسلمون ، كما أنّه ليس فيها ما يقتضى الانتقال إلى ما يشابه تلك المصلحة ، فليس حينئذٍ إلاّ الصرف في وجوه البرّ الّتي هى الأصل فى كل مال خرج عن ملك مالكه لمصرف خاص تعذر ، كما ستعرف فى نظائر المقام .

ومن ذلك يعرف ما في المسالك وغيرها حتّى فيما ذكره من التحقيق الّذي قد اعترف بتوجه كلام الاصحاب فيما لو كان الوقف فى مصلحة ما شأنه الدوام ، لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده يحتاج إلى دليل ، وهو منتف ، وصرفه في وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأصلى

إن لم يجز صرفه فيا هو أعم منه ، وإنّا توقّف في الوقف على مصلحة ممّا تنقرض غالباً كشجر التين والعنب أو مجهولة الحال كالوقف على مسجد في قرية صغيرة أو على مدرسة كذلك ، بل جزم في الأوّل بأنّه كمنقطع الآخر ، بل هو بعض أفراده ، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحة اخرى تقتضي التأبيد وأما الثاني فقد استشكل فيه من أصالة البقاء فيكون كالمؤبد ، ومن الشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكه مطلقاً الّذي هو التأبيد فيحصل الشك في المشروط فلا يحكم إلاّ بالمتيقن منه ، وهو خروجه عن ملكه مدّة تلك المصلحة ، ويبقى الباقي على أصالة البقاء على ملك مالكه .

ولا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت من ظهور كلمة الاصحاب في ارادة الوقف المؤبد لا ما يشمل منقطع الآخر الّذي هو بناء على مشروعيته ما يراد انقطاعه من أول صدوره وكون ذي المصلحة مما ينقرض غالباً لا ينافي دوام الوقف بعد عدم انحصاره فيها ، وإنمّا هو مصرف فيها حيث يكون ، ولو بأن يعود بعد الخراب وإلاّ فهو وقف على المسلمين ، ويراد حينئذٍ بوجوه البرّ ذلك ، أو أن المراد تلك الجهة ، ولكن قد تعذرت ، وتعذرها لا يقتضي البطلان كما عرفت وأن الصرف في وجوه البرّ للأصل الّذي قد ذكرناه في كل مال قد تعذّر مصرفه ، كما يؤمى إليه في الجملة ما في كثير من النصوص الواردة في نحو الوصية والنذر المعين الّذي له مصارف مخصوصة وقد تعذّر .

كالخبر[1] «عن انسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصي إلاّ باباً واحداً منها كيف يصنع بالباقي ، فوقع عليه‌السلام الأبواب الباقية اجعلها في وجوه البرّ» .

ونحوه خبر طويل[2] يتضمن «أنّه لو أوصى رجل بتركته إلى رجل وأمره أن يحجّ بها عنه ، قال الوصي : فنظرت فاذا شيء يسير لا يكفي للحج ، فسألت الفقهاء من أهل الكوفة فقالوا تصدق به عنه ، فتصدق به ، ثمّ لقي بعد ذلك أبا عبد الله عليه‌السلام فسأله وأخبره بما فعل ،

(١) الوسائل الباب – ٤١ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .
(٢) الوسائل الباب – ٨٧ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

فقال : إن كان لا يبلغ أن يحجّ به من مكّة فليس عليك ضمان ، وإن كان يبلغ ما يحج به ، فأنت ضامن » .

بل قد يؤيّده في الجملة ، ما في جملة وافرة من الاخبار [٣] ممّا يدل أن ما أوصى به للكعبة أو كان هديا أو نذراً يباع إن كان جارية ونحوها ، وإن كان دارهم يصرف في المنقطعين من زوّارها ، على أنّ القسم الأوّل الّذي قد اعترف بصحّة كلام الأصحاب فيه مبني على ذلك ، ضرورة عدم مدخلية زعمه لدوام المصلحة في صحّة الوقف بعد فرض بيان فساده ، ولو لاتفاق خلاف العادة ، إذ لو لم يكن مبني الصحّة ما ذكرناه توجه بطلانه لعدم الموقوف عليه حينئذٍ ولو في الفرض النادر . هذا .

وربما احتمل وجوب الصرف في الفرض إلى ما شابه تلك المصلحة فيصرف وقف المسجد في مسجد آخر ، والمدرسة إلى مثلها ، اقتصاراً على المتيقن ، لاحتمال إرادة المثالية فيما ذكره مصرفاً في الوقف المراد تأبيده أو لفحوى ما دلّ على صرف آلات المسجد بعد اندراسه أو خرابه في مسجد آخر ، على ملاحظة الشارع الأقرب الى نظر الواقف .

ولكن قد عرفت اطلاق فتوى الأصحاب الذى مبناه ما قلناه ، من استواء القرب كلها في عدم تناول عقد الوقف لها ، وعدم قصده إليها بخصوصها ، فلا أولوّية لبعضها على بعض بالنسبة إلى ذلك ، ومجرد المشابهة لا دخل لها في تعلقه بها ، فيبطل القيد ، ويبقى أصل الوقف من حيث القربة ، فيصرف في كلّ فرد منها ، ولعلّ ذلك منشأ ما ذكرناه من الاصل ، ونوقش بأنّ تحرى الأقرب فالاقرب ليس من حيث المشابهة ، بل من حيث دخوله في نوع المصلحة الخاصة ، وإن تميّزت عنه بالخصوصية ، فإذا زالت بقى أفراد النوع الآخر الممكنة داخلة ، فكان الوقف تضمّن أشياء ثلاثة ، القربة والمسجدية مثلاً ، وخصوصية المسجد ، فإذا زال الأخير بقى الأوّل ، لقاعدة «الميسور » و «ما لا يدرك » .

بل في المسالك ولعلّ هذا أقرب ، وتبعه في الرياض ، الا أنه أشكله في الأوّل بأنّه آت في المصلحة التي تعلم انقطاعها أيضاً ، مع أن حكم منقطع الآخر متناول لها ، الاّ أن يخصّ هذا بما

(٣) الوسائل الباب — ٤ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ١ .

لا يتعلق بمصالح المسلمين ، مثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه في باقي البطون ونحو ذلك ، ثم قال[١] : ﴿ وليس بذلك ، البعيد﴾ وللتوقف مجال ، وكذا في الرياض ، فإنّه بعد أن ذكر مثل ذلك قال : هذا كله في غير معلومة الانقطاع ، أما فيها ففي انسحاب الحكم أو لحاقها بمنقطع الآخر كما يظهر من بعض الأجلة وجهان ، من اطلاق الفتاوى هنا وثمة ، والاحتياط لا يترك في المقام .

وفيه ما لا يخفى بعد الاحاطة بجميع ما ذكرناه ، بل منه يعلم عدم تحريرهم موضوع البحث عند الاصحاب ، وأنه الوقف المؤبد الّذي ذكر فيه الصرف على مصلحة خاصّة وقد تعذرت ، وأنّه لا محل هنا لقاعدة الميسور ، بعد ما سمعت من الأصل ومعلومية عدم قصد الواقف ذلك ، إذ لم يصدر منه إلاّ ذكر المصرف الخاص الذي يرتفع بارتفاع الخصوصيّة كما هو واضح .

﴿ ولو وقف على وجوه البرّ﴾ الذي هو كما قيل : اسم جامع للخير كله ﴿ وأطلق صرف في الفقراء والمساكين وكلّ مصلحة يتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى﴾ بلا خلاف محقق أجده ، وإن تعلق بعض وجوهه في الاغنياء أيضاً بعد أن يكون من الخير المأمور بفعله شرعاً ولا يجب تحري الاكمل فالاكمل بعد اطلاق العنوان كما هو واضح ، وما عن الوسيلة والجامع من أن سبل البر الجهاد والحج والعمرة : ومصالح المسلمين ، ومعونة الفقراء والضعفاء ، - لا خلاف فيه لما ذكرناه ، مع أن العنوان فيه سبيل البرّ لا وجوهه ، وإن كانا هما بمعنى .

﴿ ولو وقف على بني تميم﴾ ونحوهم ممّا هو غير محصور ﴿ صحّ﴾ ولو بني آدم ﴿ ويصرف إلى من يوجد منهم﴾ ولا يجب عليه تتبع غيرهم ، بل لا يجب استيعاب الموجودين على الأصح كما ستعرفه في المسألة العاشرة في اللواحق .

﴿ وقيل :﴾ والقائل ابن حمزة منا والشافعي من غيرنا ﴿ لا يصحّ لأنّهم مجهولون﴾ فيعتذر المصرف ﴿ والأوّل هو المذهب﴾ بل حكى الاجماع عليه غير واحد صريحاً وظاهراً واشعاراً ، مضافاً إلى اطلاق الأدلة وخصوص خبر النوفلي[٢] «كتبت الى أبي

(١) - هكذا في النسخ لكن الظاهر «وليس ذلك ببعيد» .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من - من أبواب الوقوف والصدقات الحديث - ١ .

جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان ، وهم كثير متفرقون في البلاد فأجاب عليه‌السلام ذكرت الأرض التي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان ابن فلان ، وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتبع من كان غائباً » ويمكن حمل كلام المخالف على ما اذا اعلم ارادة الاستيعاب المفروض تعذره فيه ، لا ما إذا علم العدم أو أطلق وحينئذٍ يكون خارجاً عمّا نحن فيه .

وعلى كلّ حال ففي وجوب استيعاب من حضر على السوية أو التفاوت أو يكفي الصرف إلى أحدهم كالزكاة أو إلى الثلاثة الّتي هي أقل الجمع مع فرض كون العنوان جمعاً بحيث يأتي تحقيقه عند تعرض المصنف له في المسألة العشرة والله العالم .

﴿ ولو وقف على الذمي جاز ﴾ كما عرفت البحث فيه مفصلاً ﴿ لأنّ الوقف تمليك ، فهو كاباحة المنفعة ﴾ التي لا اشكال في جوازها له ، ولكل من لم تنه عن موادته من الفرقة الباطلة ﴿ وقيل : لا يصحّ ، لأنه يشترط فيه نية القربة ﴾ وهي مفقودة فيه وفي كلّ فرقة غير محقة ، وفي أصل الاشتراط منع قدّمناه ، وعلى تسليمه نمنع فقده بعد فرض مشروعيته لشمول العمومات له ، فإنّه نفسه حينئذٍ قربة .

وقيل لا يصح ﴿ الا على احدى الأبوين ﴾ المأمور بمعاشرتهما بالمعروف ، وقيل يصح على ذوي القرابة خاصة .

﴿ والأوّل أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده ، كما عرفت الكلام فيه مفصلاً ، وكلام المصنف صريح أو كالصريح هنا في عدم اشتراط نية القربة فيه والله العالم .

﴿ وكذا يصحّ على المرتد ﴾ كما في القواعد والمسالك ، لكن قيداه بما إذا كان عن علّة وزاد في الأخير الفطرى إذا كان امرأة ، ولم أجد شيئاً من ذلك لغيرهم ، بل الذي عثرت عليه من محكي التذكرة والايضاح وجامع المقاصد على الجواز في الملى ، فضلاً عن الفطرى الذي قد صرّح بعدم جواز الوقف عليه الشهيدان أيضاً وغيرهم ، بل لم نعرف فيه خلافاً ، عدا ما يحكى عن التذكرة أنّه حكي فيه قولاً ولم نعرفه بل ولا وجهه ، بناء على عدم قبول توبته ،

وعدم قابليته للتملك ، كما صرّح به في المسالك ، بل وعلى تقدير قبول توبته ، فلا أقل من أن يكون حينئذٍ مساوياً للملي الـذي قد عرفت التصريح أيضاً بعدم جواز الوقف عليه ، ولعل الوجه فيه ما سمعته في الحربي ، ضرورة عدم اقراره على دينه الذى يرجع إليه وقبول توبته لا يخرجه عن الحربي الذي نهينا عن موادته ، وإن كان مقبول التوبة فيجري حينئذٍ ما يجري فيه ، وقد عرفت عدم جواز الوقف عليه ، وإن قال المصنف هنا : ﴿ وفي ﴾ الوقف على ﴿ الحربى تردد ، أشبهه المنع ﴾ لكن قد عرفت الكلام فيه مفصلاً ، والله العالم .

﴿ ولو وقف ولم يذكر المصرف بطل الوقف ﴾ على المشهور بل لم أقف فيه على مخالف الا ابن الجنيد كما اعترف به فى المسالك بل قد سمعت فيما سبق اجماعى الغنية والسرائر على كونه معروفاً متميزاً ، بل لعلّ كون الموقوف عليه من أركان العقد من ضروريّات الفقه ، بل لعلّ ابن الجنيد غير مخالف في ذلك ، فإن المحكي عنده لو قال : صدقة لله ولم يذكر من يتصدق بها عليه جاز ذلك وكانت فى أهل الصدقات التى سماهم الله تـعالى وهو ليس خلافاً فى أصل اعتبار الموقوف عليه ، بل هو دعوى انصراف ذلك إلى أهل الصدقات ، وليس بأبعد من انصراف الوقف على مصلحة المسلمين باعتبار عودها إليهم .

ولعله لذا مال إليه في المختلف ، واقتصر فى الدروس على نقل القولين مشعراً بالتردد بل ربما يؤيده معلومية صحّة الوصية بالثلث ، وإن لم يعين مصرفه ، ودعوى – عدم جواز ذلك أو اختصاص الوصيّة به دون الوقف مع أن كلا منهما عقد – كما ترى ، وكذا نذر الصدقة بالمال ، وحينئذٍ فلا وجه لردّه بأن الوقف يقتضى التمليك المستلزم لذات تقوم به ، كما في كلّ عرض بالنسبة إلى جوهر ، بل لا يخلو قوله من قوّة .

نعم لو فرض ملاحظة الواقف عدم موقوف عليه اتّجه البطلان فيه ، بل وفي المصالح أيضاً ونحوها ، وأما إذا كان يكفى في ملاحظة ما يرجع إليه فهو مستحق في المقام فتأمّل جيداً .

﴿ وكذا لو وقف على غير معين كأن يقول : على أحد هذين ، أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكل باطل ﴾ بلا خلاف أجده ، بل في المحكي من اجماعي الغنية والسرائر اعتبار كونه معروفاً متميزاً مضافاً إلى ما عرفت ، من اقتضاء الوقف التمليك الّذي لا بد له من مالك

معين ، ولو في ضمن عام أو مطلق ، ولا يعقل تمليك ما ليس بمعين .

ولما في المسالك من أنّ الوقف حكم شرعي ، فلا بدّ له من محلّ معين يقوم به ، كما يفتقر مطلق العرض الى المحل الجوهرى ، وأحد الأمرين كلّي لا وجود له خارجاً ، وإن كان كلّ واحد منهما موجوداً خارجاً ، ومقتضاه اختصاص البطلان بالمبهم الذى لا يتقوم فى فرد فى الخارج ، أما لو كان الموقوف عليه أحدهما الصادق في كلّ منهما فلا بأس به ، ولعله لقابليته حينئذ التمليك كغيره من المفاهيم الكلية المالكة والمملوكة ، ولا دليل على اعتبار العلم في الموقوف عليه على وجه تقدح فيه مثل هذه الجهالة .

ولا ينافي ذلك ما في القواعد من الحكم بالبطلان في رجل غير معين أو امرأة كذلك بناء على إرادته المبهم الّذى لا يتحققّ فى فرد ، ولا يعقل تمليكه بل ولا تملكه ، لا في الاكتفاء فيهما بالاطلاق والعموم ، ولا يتوهّم انحلال ما ذكرناه الى الوقف عليهما ضرورة اقتضاء ذلك التصنيف بينهما ، وجواز تناول كل منهما من حيث انه مصداق لاحدهما لا يقتضى الوقف عليهما من حيث الخصوصية كما هو واضح .

﴿ واذا وقف على أولاده ، أو اخوته أو ذوى قرابته ، اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور والاناث والأقرب والأبعد ﴾ بعد فرض التساوى فى صدق القرابة عرفاً ﴿ والتساوى في القسمة ، إلا أن يشترط ترتيبا ﴾ فيهم ﴿ أو اختصاصاً ﴾ لبعضهم على بعض ﴿ أو تفضيلاً ﴾ له على آخر ، بزيادة النصيب ولو للانثى أو الأبعد ، بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل ولا اشكال ضرورة اقتضاء الاطلاق ذلك كاقتضاء قاعدة «المؤمنون» «والوقوف على ما اشترطه» ، وما عن الاسكافى من أنّ للذكر مثل حظ الانثيين في الوقف على الاولاد والذرية فى غير محلّه ، الاّ أن يريد الوقف عليهم على حسب الارث لا مع الاطلاق الظاهر في التساوى كما هو واضح .

نعم الظاهر خروج الاناث مع فرض كون الضيعة تخص الذكور ، الا مع القرينة وما في المسالك وغيرها – من أن الاناث يدخلن تبعاً في اللفظ المختص في مثل هذه الاطلاقات ، كما يدخلن في الاوامر الشرعية المختصة بالذكور اجماعاً – كما ترى ، ضرورة الفرق بينهما بمعلومية

دليل الاشتراك فيها دون المقام الا مع فرض القرينة على ارادة الجميع كما هو واضح .

﴿ ولو وقف على أخواله وأعمامه تساووا جميعاً ﴾ لاشتراكهم في أصل الوقف الظاهر في التسوية ، بلا خلاف أجده فيه ، وإن حكى عن ابن الجنيد ، لكن لم أتحققه وإنّما المحكي عنه أنّه روى عن الباقر عليه‌السلام [1] «وإذا أوصى بشيء معين لاعمامه وأخواله كان لاعمامه الثلثان ، ولاخواله الثلث » والرواية ليست فتوى ، والوصية غير الوقف ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف .

﴿ وإذا وقف على أقرب الناس إليه ﴾ في القواعد وغيرها بل المشهور ﴿ هم الابوان والولد ، وإن سفلوا ، فلا يكون لأحد من ذوي القرابة شيء ، كما لم يعدم المذكورون ثم الاجداد والاخوة وإن نزلوا ، ثمّ الاعمام والاخوال على ترتيب الارث ، لكن يتساوون في الاستحقاق ، إلاّ أن يعين التفضيل ﴾ لتساويهم في سبب الاستحقاق ، لكن في محكي المبسوط أن المتقرب بالابوين من الاخوة ، الا قرب مطلقاً ، لأنّ الانفراد بقرابة يجرى مجرى التقدم بدرجة .

وقواه في محكي المختلف ، بل اختاره في محكي التحرير بل زاد الأعمام والاخوال فجعل المتقرب بالابوين منهم مقدما على غيره وإن كان متقربا بالام الذي عن بعضهم استبعاد دخوله ، وخروج المتقرب بالأب . لكن في الجميع أن مبني كلام الأصحاب تعليق قصد الواقف على مفهوم الأقرب في الواقع الذي كشف عنه الشارع بما ذكرناه في الميراث الّذى سببه آية [1] «واولوا الارحام » لأن الناس لا يعلمون أيهم أقرب إليهم .

نعم لوكان قصد الواقف على ما هو أقرب فى ظاهر ما عندنا من العرف اختلف مع الميراث في كثير من الافراد ، لا في خصوص ما ذكروه كما هو واضح .

---

(١) الوسائل الباب – ٤٢ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١ .
(٢) سورة الانفال الآية – ٧٥ .

﴿القسم الرابع فى شرائط الوقف﴾

﴿ وهي أربعة : الدوام ، والتنجيز ، والاقباض ، واخراجه عن نفسه ﴾ بلا خلاف أجده في الأول بمعنى عدم توقيته بمدة كسنة ونحوها ، بل الإجماع محصله ومحكيه – في الغنية وعن الخلاف والسرائر – عليه ، وبذلك يخصّ عموم «أوفوا بالعقود »[1] بناء على أنه منها ، بل وعمومات الوقف أيضاً إن لم نقل باعتبار ذلك في مفهومه كما هو ظاهر تعبيره عنه بالشرطية ، والا فلا شمول فيها له حينئذٍ ، وحينئذٍ ﴿ فلو ﴾ وقفه و ﴿ قرنه بمدة بطل ﴾ قطعاً مع فرض ارادته وقفاً . أما اذا لم يعلم فهل يكون التوقيت قرينة على ارادته حبسا ، كما صار التأبيد قرينة على ارادة الوقف لو كان اللفظ حبسا ولولا صالة الصحة ، صرّح المصنّف والشهيدان في الدروس والمسالك والروضة بالأول منهما ، وفي جامع المقاصد فيه قوة ، لكن قد يناقش بعدم صلاحية ذلك صارفاً عن المعنى الحقيقي ، ولو بملاحظة اصالة الصحة التي لا مدخلية لها في الدلالة على المقصود الشامل للصحيح والفاسد بعد ظهور اللفظ في الحقيقة المقتضية للفساد .

نعم لو قيل : بصيروته حبسا وأن قصد معنى الوقف بدعوى أنه قدر مشترك بينهما كما عساه يظهر من بعضهم ، وأن تشخيص كلّ منهما يحصل بذلك ونحوه كان متجهاً إلاّ أنه كما ترى ، ضرورة تباينهما مفهوماً حتى بالنسبة الى تمليك العين وإن اشتركا في شيء في الجملة نحو اشتراك البيع والصلح مثلاً في نقل العين على أنك قد عرفت فيما مضى أنّ التميز على هذا الفرض منحصر في القصد حينئذٍ فمع فرض عدمه يبطلان معاً كما هو واضح .

ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد . بعد أن ذكر التعليل المزبور انّما يتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقيقي وجب القطع بالبطلان ، وإن ناقشه في الرياض بأنه كذلك بناء على المختار من اشتراط الدوام ، وأما على مختاره من التردد في اشتراطه ، فلا وجه للقطع به ، ولعلّ مراده على تقدير اشتراطه ، ولكن يدفعها ان تردده فيه بالنسبة إلى المسألة الآتية ، لا بالنسبة الى التوقيت الّذي لم نعرف قولا بصحته ، بل ولا احتمالا .

(١) سورة المائدة الآية – ١ .

ومن ذلك يظهر لك أن ما أتعب به نفسه – حتى أنه ذكر أدلة المسألة الآتية وما فيها من الشهرة وغيرها فى هذه المسألة – في غير محلّه واشتباه ، وكان الذي أوقعه في ذلك ما في الكفاية من نسبة القول باعتبار الدوام الى جماعة ، وفرّع عليه الاقتران بمدّة ، إلا أنّه لم يذكر فيه أيضاً قولاً بالصحّة وقفاً بخلاف المسألة الآتية ، فإنّه هو قد اختار الصحة وقفاً .

كما أنّه غرّه في الاستدلال في المقام على الصحّة حبساً بالصحيحين فقال : الاظهر الاستدلال عليه بصحيح ابن مهزيار[1] «قلت له : روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة ، وكل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة ، وأنت أعلم بقول آبائك عليهم‌السلام ، فكتب عليه‌السلام هو كذلك عندى » .

وصحيح ابن الصفار[2] «كتبت إلى أبي محمّد عليه‌السلام أسأله عن الوقف الذى يصحّ كيف هو ، فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة ، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، وقال قوم : انّ الموقت هو الّذى يذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه ، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله عز وجل الأرض ومن عليها ، قال : وقال آخرون : هو موقت اذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر فى آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، والّذى غير موقت ان يقول : هذا وقف ولم يذكر أحدا ، فما الذى يصحّ من ذلك ، وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه‌السلام : الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله تعالى » ثمّ قال : وهما وإن دَلاّ ظاهراً على الصحة وقفاً الاّ أنّ حملها على الصحّة حبساً متعين جدا ، جمعا بينهما وبين ما دل على كون التأبيد شرطاً ورجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثاً فانّه من لوازم الحبس كما يأتي إن شاء الله تعالى .

وفيه انّه لا وجه لما ذكره في الصحيح الثاني المشتمل على تفسير الموقت فيه بما سمعت ، بل هو شاهد على ارادته أيضاً من الصحيح الأوّل كما ذكره شيخ الطائفة خصوصاً بملاحظة كونه

(١) الوسائل الباب – ٧ – من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١– ٢

(٢) الوسائل الباب –٧– من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١ – ٢ .

المعروف فيما بينهم من السؤال والنزاع فيه ، لا المقرون بمدّة الذى لم يعرف قديماً وحديثاً قول بصحته وقفاً ، ولا أقل من احتمال ذلك فيها على وجه يرتفع ظهورها ، فكيف يصحّ الاستدلال بها ؟

ومنه يعلم كون المراد من معاقد الاجماعات على اعتبار الدوام عدم التوقيت بمدّة كما هو صريح ابن زهرة وغيره ، وإلا كان ما تسمعه منهم من الخلاف فى صحته وقفاً لو وقف على من ينقرض غالبا متدافع مع ذلك ، ضرورة منافاته للإجماع على اعتبار الدوام المنافي لذلك .

ودعوى كون النزاع في صحّته حبسا وعدمها لا وقفا لا يخفى بطلانها على من له أدنى ممارسة ودربة كدعوى الإستدلال بعموم الجواب في الثانية على المطلوب ، ضرورة كونه كما ستعرف دالا على الصحّة منقطعا لا الحبس ، وبذلك كلّه ظهر لك الخلط في كثير من كلمات المتأخرين في تحرير موضوع المسألة الّذي قد عرفت أنّه لا كلام في بطلانه وقفاً في الإقتران بمدّة ، وإنما الكلام في صحّته حبساً بمعنى أن ذلك قرينة على قصده الحبس أولا ، وقد سمعت الحال فيه .

﴿ وكذا ﴾ قد سمعت غير مرّة اعتبار التنجيز في كلّ سبب شرعي إلاّ ما خرج وأنّه ﴿ يبطل لو علق ﴾ شيئاً ﴿ بصفةمتوقعة ﴾ الحصول فيما يأتى ، بل أو متيقنه بلا خلاف ولا اشكال كما تسمع تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

﴿ وكذا ﴾ ظهر لك الحال فى الجملة ﴿ لو جعله ﴾ وقفاً ﴿ لمن ينقرض غالباً ، كأن يقفه على زيد ويقتصره أو يسوقه إلى بطون ينقرضون غالباً ، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض ﴾ وإن هذه مسألة ثانية لا تتفرع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور ﴿ و ﴾ تحقيق البحث فيها أنّه ﴿ لو فعل ذلك قيل : يبطل الوقف ﴾ كما عن المبسوط ارساله أيضاً ولكن لم أتحقق قائله .

نعم فى القواعد ومحكي الوسيلة وجامع الشرايع والارشاد والمختلف والتنقيح والمقتصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ، وكذا الروض التصريح بكونه حبسا ،

وهو يوهم في بادى النظر ذلك لكن من المحتمل ارادتهم الحبس حكما كما يقضى بذلك بعض كلماتهم ، بل هو صريح المختلف والمسالك وفى جامع المقاصد بعد أن حكى عن التذكرة عدم نقل العين منه إلى الموقوف عليه ، معلـّلا له بأن ذلك في المؤبد منه قال : فعلى هذا اقسام الوقف كان حبساً ، وحينئذٍ فالتزاع يرجع إلى التسمية فقط » انتهى .

﴿ وقيل : يجب اجراؤه حتى ينقرض المسمون ﴾ بمعنى أنّه يصحّ وقفاً كما هو صريح جماعة ، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى الشيخين والمختلف والتذكرة وأكثر الأصحاب بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناء على إرادة المساواة في الحكم من التصريح بكونه حبساً .

وبذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب في المسألة ، ففي المختلف ومحكي الايضاح نسبة صحته وقفاً إلى الشيخين وابن الجنيد وسلارو ابن البراج وابن ادريس ، وقال ابن حمزة «يكون حبساً بلفظ الوقف » ، وعن المهذب البارع مثل ذلك ، وفي التنقيح نسبته إلى النافع والشيخ وابني حمزة وادريس والعلامة وفي محكي المقتصر أنّه يكون سكنى أو عمرى أو حبساً بلفظ الوقف ونسبه الى الشيخين وتلميذهما وأبي علي وابن ادريس والمحقق فى النافع وقد سمعت ما فى جامع المقاصد ، ولا تلتئم كلماتهم إلاّ على ما ذكرنا مؤيداً بأن المفهوم من أدلتهم وعنوانهم وغير ذلك كون البحث في صحة الوقف المنقطع آخره وبطلانه ، ومن المعلوم أن المراد مع قصد الوقفية ، وهذا لا يمكن القول بصحته حبسا ، ضرورة كون الحبس عقداً آخر يحتاج إلى قصد مستقل وهو مباين لقصد الوقف المقتضى لنقل العين للموقوف عليه وخروجها عن الواقف بخلاف الحبس فلا يتصوّر حينئذٍ القول به في مفروض المسألة الاعلى إرادة المساواة له في الحكم كما هو واضح بأدنى تأمل .

نعم القول بالحبس في مسألة أخرى وهي أنه بعد البناء على بطلان الوقف المنقطع لو عبر بلفظ وقفت وجعل متعلقها منقرضاً ، فهل يكون ذلك قرينة على قصد الحبس دون الوقف نحو ما سمعته في الإقتران بمدّة ، وهذه مسألة لفظية لها طريق آخر من الإستدلال لا نحو هذا المذكور في كلماتهم ، وقد عرفت تحقيق الحال في نظيرها ، وهي الإقتران بمدّة .

ومن ذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك من ذكر أقوال ثلاثة ، أحدها الحبس في مفروض مسألة المتن وغيره من كتب الأصحاب الّتي هي صحة الوقف المنقطع وعدمها ، وأعجب من ذلك ما أطنب في الرياض من أن المسألة ذات قولين : أحدهما البطلان مطلقاً ، والآخر الصّحة والمراد الصحّة حبساً لا وقفاً ، واستشهد على ذلك بتصريح جماعة ممن قال بالصحّة بانتقال العين الموقوفة بعد الانقراض الى الواقف وورثته ، وهذا من لوازم الحبس فتكون كلمة القائلين بالصحّة متفقة على ارادة الصحّة حبساً لا وقفا . وهو من غرائب الكلام . وما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه خصوصاً بعد قول جماعة منهم بالانتقال الى ورثة الموقوف عليه .

وقول آخر أنّه يصرف في وجوه البرّ وتصريح غير واحد بأن الأكثر على صحته وقفاً . بل التتبّع يشهد به ، بل قد عرفت عدم امكان تصور القول بصحّة ذلك حبساً ، وما ذكره من اللازم المزبور كاد يكون صريحاً بخلافه ، ضرورة ظهور كلام بعض وصريح آخر بعود ذلك الى الواقف بعد الانتقال إلى الموقوف عليه ، وهذا لا يكون في الحبس الّذي لم تنقل فيه العين عن المالك ، والمصرح ببقاء العين هنا – مع ندرته – مدّع أن هذا الوقف له حكم الحبس ، وانّما الّذي يخالفه الوقف المؤبد دونه ، وبالجملة لا ينبغي التأمل في ضبط تحرير المسألة منه ومن غيره والتحقيق ما عرفت .

كما أن التحقيق فيها القول بالصحة ﴿ و ﴾ أنّه ﴿ هو الأشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده ، لا لكثير مما ذكروه مما هو محل للنظر ، بل لأصالة عدم الاشتراط المستفادة من عموم أدلة العقود وخصوص أدلة الوقف . سيما نحو قولهم عليهم‌السلام «الوقوف على حسب ما – يوقفها[1] » وخصوصاً الصحيحان المزبوران[2] الظاهران أو الصريحان بعد تفسير أحدهما بما في الآخر في أن الوقف الموقت المحكوم فيهما الأعم من القسمين ، بل هما ظاهران أو صريحان لمن وهبه الله تعالى قريحة نقادة في أن كلّ وقف موقت صحيح ، وكلّ وقف غير موقت باطل مردود

(١) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٢ .
(٢) الوسائل الباب – ٧ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١–٢ .

على الورثة ، ففي مثل المفروض هو موقت ما دام الموقوف عليه موجوداً ، وغير موقت إذا انقرضوا فيثبت له حكم كلٍّ منهما من الصحّة والفساد ، ضرورة أن قوله عليه‌السلام في الصحيح الاول «هو كذلك عندى» تقرير للكليتين المفسرتين بالصحيح الآخر الذى هو كالصريح فى صحة الوقف بالتفسير الثانى منهما وهو مفروض مسألتنا فالجمع بينهما حينئذٍ نتيجة ما ذكرناه .

بل من قوله «على حسب» إلى آخره ، يستفاد أيضاً اعتبار الموقوف عليه في الصحّة وإلاّ لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ حسب هنا ، كما أن منه يستفاد تأثير عقد الوقف بالنسبة إلى نقله العين والمنفعة على حسب ما تضمّنه العقد ، وما زاد عليه ممّا لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقت الذي حكم ببطلانه ورجوعه إلى الوارث .

بل لا يخفى ظهور قوله عليه‌السلام في الصحيح الأوّل باطل مردود على الورثة في نحو المفروض ، لظهور لفظ الرد في ذلك ، وكذا الورثة إذ لو كان المراد خصوص الباطل من أوّل الأمر لكان الرد فيه على الواقف الذى لم ينتقل عنه حتّى يرد عليه ، فتأمل جيداً .

ودعوى - أن ملك العين لا يكون إلى أمد ، وأنها متى خرجت عن ملك المالك يحتاج عودها إلى سبب جديد - واضحة الفساد ، لا لما في المسالك من النقض بالحبس واخوته ، ضرورة اقتضائها نقل المنافع ال العين التي لا اشكال في بقائها على ملك المالك في الثلاثة ، بل لانها كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى في الوقف الّذي قد شرع نقله على هذا الوجه ، ولذا يتغير بتغيير الاوصاف التي منها الحياة والموت ، والفقر والغنى ، والعلمَ والجهل ، وغير ذلك وفي الجميع يتلقّى الثاني الملك عيناً ومنفعة من الواقف لا من زائل الوصف .

وحينئذٍ فلا بأس في مفروضنا من دعوى كون العين المملوكة للموقوف عليه المفروض انقراضه ما دام موجوداً مثلاً ، وبعده تعود إلى الواقف ، لأن عقد الوقف بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه انّما اقتضى نقلها عن المالك ما دام الموقوف عليه غير منقرض ، ومتى صار غير موقت صار باطلا مردوداً على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأوّل ، فلا يحتاج حينئذٍ إلى سبب جديد ، لأن الناقل عن مقتضى الملك إنّما نقل هذا المقدار ، وليس هذا من

التوقيت في الملك أو في الوقف الّذي قد حكينا الاجماع على عدم جوازه ، ضرورة كون ذلك الذى قد أخذت فيه المدّة غاية ، لا ما إذا جاءت تبعاً لانقراض الموقوف عليه فالعود إلى الملك بانتهاء سبب النقل كالعوذ بسبب الفسخ بالاقالة والخيار اللّذين ليسا سبب ملك جديد للمال الّذي خرج عن ملك المالك ، وإنّما هما سبب فسخ للسبب الّذى اقتضى النقل ، فعاد مقتضى السبب الأوّل على حاله ، بل لعل ذلك هو الاصل في بطلان كلّ سبب طار على السبب الأوّل الّذي منه ما نحن فيه كما هو واضح .

ومن ذلك كله ظهر لك أنّه لا وجه للقول بانتقاله إلى ورثة الموقوف عليه كما في المقنعة ومحكي السرائر ، بل ربما حكي عن سلار أيضاً ، بل مال إليه أو قال به الفاضل في محكي التحرير ، باعتبار كونه ملكاً لمورثهم ، إذا المورّث إنّما ملكه على الوجه المزبور فلا يدخل فى تركته حتى تشمله أدلة الارث .

وكذلك القول بصرفه فى وجوه البرّ الذى جعله فى الغنية أحوط ، ونفى عنه البأس في المختلف ، إذ هو إمّا مبنى على بقائه وقفاً وترك ذكر المصرف فيه فيصرف فيها أو على أنّه مال جهل مالكه ، ولو من حيث الادلّة الشرعيّة بمعنى عدم دليل بالخصوص يشخص مالكه وكلاهما كما ترى ، ضرورة عدم صحّة بقائه وقفاً ، بعد فرض أن الواقف لم يقصد بوقفه الا على خصوص المفروض انقراضهم ، وقد عرفت أنّه عليه‌السلام قال : «الوقوف على حسب ، ما يوقفها أهلها[1] » فبقاؤه وقفاً حينئذٍ وصرفه في ذلك مناف للعنوان المزبور قطعا .

وأما دعوى كونه مجهول المالك شرعاً فيدفعها ما عرفت من أن عقد الوقف لم يقتض إلاّ الاخراج عن الملك بالقدر المزبور ، وما عرفت من التصريح برجوع الوقف إلى الورثة وأنّه المراد بعدم التوقيت الذي منه ما نحن فيه بعد الانقراض .

نعم قد يتوقف في انتقاله مع فقد الواقف إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه ، باعتبار صيرورته بحكم ماله في ذلك الوقت ، فلا مدخلية للوارث السابق الّذي كان وارثاً للمال الّذي هو

---

(١) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب احكام الوقوف الحديث ٢ .

للميّت حال موته ، أو الى الوارث الأوّل باعتبار تأهل الميّت لصيروته ملكاً له بانقراض الموقوف عليه ، لأن الملك إنمّا خرج عنه متزلزلا وهذا التأهل يتنقل إلى وارثه ، لأن كل ما هو له يكون لوارثه ، فهو حينئذٍ كفسخ المشترى بخياره بعد موت الميت بمدة ، فإنّه يكون المبيع للوارث الأوّل ، ولو لأنّ انتقال المبيع عنه كان متزلزلاً ، بفسخ المشترى . إذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه متزلزلاً .

ولعلّ الثاني منهما لا يخلو من قوّة . وإن أمكن الفرق بين المشبه والمشبّه به ، بوجود الثمن في البيع الذي ملكه البايع متزلزلاً . والفسخ يقتضى ردّ العوض بخلاف المقام إلاّ أنه فرق لا ينافى ما ذكرناه من القوة الّتي مبنـاها تناول أدلّة الارث لمثل ذلك .

وبذلك كله ظهر لك وجه القول بالرجوع الى ورثة الواقف على فرض الصحّة وقفا . وأما دعوى أن الفرض وإن كان وقفاً إلاّ أنّه لا يفيد الا مفاد الحبس – حتّى ذكر بعضهم ندور الثمرة في الفرق بينهما ، وانّما هي في النذر والوصيّة ، والنيّة المصححّة لمثل هذا الوقف إن كان متعلقها الحبس والمفسدة له إن كان الوقف ، ونحو ذلك فلا يفيد حينئذٍ نقل العين إلى الموقوف عليه ، وإن أفاده في المؤبد – فيدفعها ظهور أدلّة الوقف في اتّحاد مقتضاها في جميع أفراده ، وإلاّ لاقتضى التوقف حينئذٍ في الحكم بملك العين وعدمه في نحو الفرض المحتمل لانقراض الموقوف عليه وعدمه وهو معلوم البطلان كما هو واضح .

ومن الغريب دعوى هؤلاء كون الفرض من الحبس ، وقولهم بندور الثمرة بينه وبين الحبس ، ضرورة عدم معقولية ذلك إلا على جعله وقفا ، كي يتّجه ظهورها بمثل النذر واليمين ، وكلّ ذلك ناشيء من عدم تحرّيهم المسألة على وجهها .

ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه ما في كثير من الكلمات في المقام – فضلاً عما فيها من التشويش ، والله الهادى والحافظ من زلل الاقدام والاقلام – ولا ما في دليل القول بالبطلان الذى أرسله الشيخ المبني على دعوى اعتبار الدوام في الوقف على وجه يشمل الفرض – وهى مصادرة محضة ، كدعوى رجوع ذلك إلى التوقيت الّذي قد عرفت بطلانه ، للفرق الواضح بينهما – وعلى أنّه يكون وقفاً على مجهول وهو باطل وفيه أن المجهول إن أريد به بالابتداء فظاهر

فساده ، وإن أريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلاً ، فلا يحكم عليه بالجهالة ، إذ بعد انقراضه يبطل الوقف ويصير موروثاً كما عرفت .

وكذا ظهر لك الحال أيضاً فيما ذكره المصنّف وغيره بقوله ﴿ فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف ، وقيل : إلى ورثة الموقوف عليهم ﴾ وقيل : يصرف في وجوه البرّ ﴿ و ﴾ أن ﴿ الأول أظهر ﴾ وأشهر بل المشهور ، والله العالم .

هذا كله فيما لو حصل الانقراض في الموقوف عليه ، أما مع فرض دوام له وان كان محتملا من أول الأمر ، فلا وجه لاحتمال البطلان حينئذٍ ، فلو قال : وقفت على أولادى ونسلهم ، فان مات الأولاد ولا نسل ، فعلى اخوتى ، فإذا انقرض النسل فعلى الفقراء ، واتّفق حصول النسل وانقراضهم ، صحّ الوقف بلا اشكال لعموم «الوقوف[1] » وغيره لكن في الدروس ربما احتمل البطلان على تقدير انقراض النسل ، لأنه تأبيده حال العقد ، وهو كما ترى ، لأن المصحّح صرفه إلى جهة مؤبّدة وإن لم تكن معلومة الوقوع ومن ثم لو بقي النسل أبداً صح الوقف ، كما أن ما ذكرناه من الصحة إنّما هو في منقطع الآخر بخلاف منقطع الأوّل الّذي قد عرفت سابقاً بطلانه ، خلافاً للشيخ ، وأما منقطع الوسط فالظاهر الصحّة إليه ثمّ البطلان بعده ، فلو وقف مثلاً على زيد ثمّ على عبده ثمّ على المساكين صحّ على زيد ، وبطل في العبد والمساكين .

لكن في الدروس احتمال صحّته في الطرفين ، وبطلانه في الوسط ، وصرف غلته فيه إلى الواقف أو وارثه ، وكأنّه مبنى على مختار الشيخ من اجراء حكم تبعض الصفقة فيه الذي قد عرفت بطلانه فيما تقدم ، واحتمال الاستدلال له بالكلّيتين في الصحيح السابق يدفعه معلوميّة تقييد ذلك بما إذا لم يحصل للوقف مبطل آخر من تعليق ونحوه فتأمل .

نعم قد يحتمل البطلان على زيد أيضاً باعتبار عدم حصول سلسلة الترتيب ، فلم يكن الوقف حينئذٍ على حسب ما وقفه أهله ، ومنه يظهر الفرق حينئذٍ في منقطع الآخر بين أن يكون لعدم

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٢.

ذكر موقوف عليه ، وبين من كان لترتيب من لا يصح الوقف عليه ، لكن فيه أن الظاهر من ذلك عدم ملاحظة الواقف الترتيب بالنسبة إلى ذلك ، وإنّما الظاهر ملاحظته بالنسبة إلى اعتبار المتقدم في المتأخر لا العكس ، إلاّ مع القرينة المقتضية لملاحظة الترتيب في كلّ منهما ، وحينئذٍ يتّجه البطلان بفساد شيء من السلسلة فتأمل .

ولو وقف على أبنية ثم على الفقراء فمات أحدهما في الدروس الاقرب صرف نصيبه إلى أخيه ، لأنّ شرط الصرف إلى الفقراء انقراضهما ولم يحصل ، ويمكن جعله منقطع الوسط فيكون نصيب الميت لأقرباء الواقف ، ويمكن جعله للفقراء عملاً بالتوزيع .

وفيه أن صرف نصيبه إلى أخيه مع عدم كون ذلك من الواقف لا وجه له فيتعين انقطاع الوقف حينئذٍ بالنسبة إليه وتختص صحّته في نصيب الآخر خاصّة ومنه يعلم الحال فيما احتمله فيها أيضاً فيما لو حبسه على أبنية ثم مات أحدهما احتمل صرف نصيبه إلى الحابس أو وارثه ، ويحتمل صرفه إلى الآخر لأنّه مصرف الحبس في الجملة ، ولو وقفه على ولده سنة ثمّ على الفقراء أو مدّة حياة الواقف على ولده ثمّ الفقراء ففي الدروس «صحّ ونقل فيه الفاضل الاجماع ، لأنّه وقف مؤبد في طرفيه ووسطه» .

قلت : لكن فيه أنّه مناف لاشتراط الدوام بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً ، أللّهم إلا أن يحمل ذلك على ارادة تقييد أصل الوقف بمدّة ، لا تقييده بالنسبة إلى خصوص موقوف عليه فتأمل جيداً .

ولو وقف على أولاده وشرط أن يكون غلّته العام الأول لزيد والثاني لعمرو وهكذا وبعدهم على الفقراء في العام الأول لعلمائهم وفى الثاني لزهادهم ، وفي الثالث لشيوخهم اتبع شرطه ، كما فى الدروس لعموم «المؤمنون» «والوقوف» إذا كان الشرط للموقوف عليهم ، أما إذا كان لأجنبي فالظاهر الصحّة ما لم يستغرق ، وكون الولد موقوفاً عليهم لا ينافى ذلك ، وإن استحقّواهم المنفعة لولا الشرط المزبور ، وربما يستأنس له في الجملة بخبر جعفر بن حيان[1] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل وقف غلة له على قرابة له من أبيه ، وقرابة من

(١) الوسائل – الباب –٦ – من أبواب الوقوف والصدقات الحديث ٨ . باختلاف يسير .

أمّه ، وأوصى لرجل وعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم كل سنة ، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه ؟ قال : جائز للذي درهم لورثته يتوارثونها ما بقي واحد منهم ، فإذا انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت ترد إلى ما يخرج من الوقف » بحمل الوصية فيه على تمليك ذلك بالشرط .

ولو وقف على ولده فإذا انقرضوا وانقرض أولادهم فعلى المساكين ففي الدروس ، «الاقرب عدم دخول أولادهم في الوقف والنماء لاقرباء الواقف حتى ينقرضوا » وقال الشيخ بدخولهم ، أما لشمول لفظ الولد للنافلة كقول المفيد وجماعة ، وإمّا لقرينة الحال ، وهو قوي .

قلت لا إشكال مع ذلك ، إنّما الكلام مع فرض تصريح الواقف بذلك ، ولا ريب في كونه حينئذٍ مع انقراض الأولاد دون أولادهم منقطع الآخر ، وحينئذٍ يتّجه بطلانه لخلوه عن موقوف عليه في بعض الزمان ، وفي القواعد بعد أن حكى قول الشيخ قال : «وليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط ، فإذا انقرض أولاد أولاده عاد إلى الفقراء ، والنماء قبل انقراض اولاد الاولاد لورثة الواقف على اشكال » وهو مبنى على اختصاص البطلان في منقطع الوسط فيه خاصة ، الا أن ذلك يقتضى عدم الاشكال حينئذٍ في كونه لورثته .

﴿ ولو قال : وقفت إذا جاء رأس الشهر وإن قدم زيد لم يصحّ ﴾ بلا خلاف ولا إشكال بل الاجماع بقسميه عليه ، لما ذكرناه غير مرّة من منافاة التعليق على متيقن الحصول أو متوقعة لظاهر ما دلّ على تسبيب الاسباب المقتضى لترتب آثارها حال وقوعها ، فما في المسالك من عدم الدليل على ذلك في غير محلّه .

ومن هنا كان المتّجه الصحة في التعليق الّذي لا يقتضى ذلك كقوله وقفت إن كان اليوم الجمعة للعالم بذلك وإن أبطله بعضهم أيضا بدعوى مانعية صورة التعليق لكن الاشكال في اثباتها هذا ، وفي المسالك «أنّه يتوجّه على قول الشيخ بجواز الوقف المنقطع الابتداء إذا كان الموقوف عليه أولاً ممّا يمكن انقراضه أو يعلم كنفسه وعبده بمعنى صحته بعد انقراض من بطل في حقّه جواز المعلّق على بعض الوجوه » .

قلت : قد عرفت تحقيق كلامه وضعفه ، وامكان خروجه عن التعليق في بعض وجوهه المحكية عنه والأمر سهل ، وكذا تقدم الكلام مشبعاً في أن القبض بإذن الواقف شرط فيه للنصوص الّتي ستسمع بعضها مضافاً إلى الإجماع بقسميه عليه في الجملة .

وصحيح صفوان عن أبي الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام [1] «سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئاً فقال إن كان وقفها لولده ولغيرهم ثمّ جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها وان كانو كباراً لم يسلمها إليهم ، ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لانهم لا يحوزونها عنه ، وقدبلغوا» وخبرالعمرى [2] عن صاحب الزمان عليه السلام ، وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا ثمّ يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم فصاحبه بالخيار ، وكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج إليه أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى عنه » الحديث .

﴿ و﴾ لكن قد عرفت البحث في أن **﴿ القبض شرط في صحّته﴾** على وجه لا يترتّب عليه الأثر قبله ، أو أنه شرط للزومه **﴿ فلو وقف ولم يقبض ثمّ مات بطل وكان ميراثاً﴾** على الأوّل بل والثاني ، وكذا يبطل لوجنّ أو أغمي عليه كما هو الشأن في جميع شرايط الصحّة اذا حصل المانع منها في اثنائها قبل تمام السبب الذى ظاهر ما دل على سببيته أو المتيقن منه اعتبار دوام التأهل إلى تمام السبب من غير فرق بين الموجب والقابل والعين التي هي متعلق العقد ، ومن هنا لم يظهر خلاف بين الاصحاب في سائر المقامات في بطلان السبب بعروض المانع في أثنائه وإن زال بعد ذلك .

نعم لو قلنا بكونه شرط اللزوم انفسخ بموت الواقف للصحيح الآتى بناء على ارادة الوقف فيه من الصدقة ، وإن ناقش فيه في المسالك ، إلاّ أن المشهور الاستدلال به ، بخلاف الجنون والاغماء ، بل قد يتوقف في الانفساخ بموت البطن الأوّل من الموقوف عليه قبله بناء على أنه

---

(١) الوسائل الباب– ٤ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٤ .
(٢) الوسائل الباب –٤ –من أبواب الوقوف الحديث ٨ . .

شرط اللزوم ، ودعوى أنّ ذلك شأن العقد الجائز يدفعها عدم الدليل على ذلك لو كان من المملكات كالهبة والجواز في نفسه أعم من ذلك ، بل ربما احتمل عدم البطلان بموتهم على تقدير كونه شرطاً للصحّة أيضاً لا مكان قيام البطن الثاني مقامه في القبض ، وان بطل بموت الواقف للفرق بينهما بالانتقال إلى الوارث المقتضي للبطلان بخلاف الفرض ، ولعله لذا توقف في صحّته إذا قبض البطن الثاني في محكي التحرير.

لكن قد يناقش — بأنّ المراد القبض ممن كان قبول العقد له ، لعلّ ظاهر صحيح صفوان وغيره مما دّل على اعتبار القبض — بما في الرياض من أن قبض البطن الثاني إنما يؤثر الصحّة بالنسبة إليه ، دون من مات ولم يقبض ، فوجوده حينئذٍ كعدمه ، ويكون وقفاً على معدوم غير تابع لموجود ، على أنّ معنى صحّة الوقف صحّة ما جرت عليه صيغة العقد وهو ليس الا الوقف عليهما دون الثاني فقط ، فصحّته بالنسبة إليه خاصّة دون الأوّل غير ما جرى عليه العقد ، وفيه أنّه لا حاصل له بعد فرض جريان العقد على وجه صحيح والبطلان وعدمه إنّما عرض بحصول شرط الصحّة شرعاً وعدمه ، فهو كالوقف على شخصين قبض أحدهما دون الآخر فتأمل جيداً .

ثمّ إنّ الظاهر عدم اعتبار الفورية فيه ، لظهور ما دلّ على اعتباره من خبري عبيد ومحمّد في ذلك ، مؤيداً بعدم الخلاف فيه فيما أجد ، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد ممّا ذكرناه، ومن أنّه باعتبار توقف الصحّة عليه كان كالقبول من العقد ، إلاّ أنه كما ترى .

﴿ ولو وقف ﴾ ما في يده ﴿ على أولاده الاصاغر﴾ الّذين هو وليّ عنهم ﴿ كان قبضه قبضاً عنهم ، وكذا الجدّ للاب ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم ، لصحيح محمّد بن مسلم[1] عن أبي جعفرعليه‌السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على ولده ، وقد أدركوا : إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث ، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأنّ والده هو الذي يلي أمره» .

وخبر عبيد بن زراة[2] عن أبي عبد اللهعليه‌السلام «أنّه قال في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا

(١ و ٢) الوسائل الباب –٣– من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١ – ٥

قال : إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث ، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز ، لأنّ الوالد هو الّذي يلي أمره ، وقال : لا يرجع في الصدقة إذا تصدّق بها ابتغاء وجه الله » .

وخبر عليّ بن جعفر[1] المروي عن قرب الاسناد عن كتابه «إذا كان أب تصدق على ولد صغير فإنّها جايزة ، لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك .

بل في المسالك وغيرها أن الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولّى عليه للوقف ، وعدمه ، لتحقق القبض الّذي لم يدلّ الدليل على أزيد من تحققه .

قلت : لا ينبغي التأمّل في ظهور دليله في اعتبار كون القبض على أنّه وقف ، فلا يجزى القبض ، بعد الوقف مع الذهول عنه ، أو كان على وجه العارية أو الوديعة ، أو نحو ذلك ممّا هو ليس قبضاً للوقف من حيث أنّه وقف قطعاً ، وحينئذٍ فمع فرض شرطيته حتّى في الفرض لا يتعقل بدون القصد ، ، ضرورة عدم امتياز أصل الفعل المشترك ، فضلاً عن الاستدامة التي كان افتتاحها لغيره .

نعم لو قيل بعدم اشتراطه في مثل الفرض لعدم العموم في دليله أو لخصوص النصوص المزبورة ، بناء على أنّه المراد من التعليل فيها أيضاً على معنى أنه إذا كان هو الّذي يقبض عنه ، فكيف يعتبر القبض في وقفه ، إذ لا يتصوّر أن يقبض نفسه ، إتّجه حينئذٍ ذلك ، إلاّ أنه مناف لظاهرهم من عموم شرطيته .

اللّهمّ إلاّ أن يراد من نحو العبارة صيرورة قبضه قبضاً عنهم شرعاً ، ولكن فيه حينئذٍ أنه خلاف ظاهر الادلّة ، خصوصاً صحيح صفوان[2] الظاهر في اعتبار الحيازة لهم المتوقف على النية ، بل لعلّ ذلك هو المراد من التعليل ، لا إرادة عدم الاحتياج إلى قصد ، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الإنتقاد .

(٢) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ـ ٣ ـ

ولعلّه إلى ذلك أشار في جامع المقاصد بعد أن ذكر ظهور العبارة في كفايته مع عدم القصد ، قال : «ويشكل بأن القبض انّما القبض انّما يحسب لذي اليد ، ما لم يقصده لغيره ممّن له ولاية عليه ونحوه » خلافاً لما سمعته من ثاني الشهيدين وغيره بل وشيخنا في كشفه ، بل في الأخير ولو نوى الخلاف فالاقوى الجواز ، وفيه نظر ، وأغرب منه ما سمعته من الأوّل من إلحاق قبض الودعى والمستعير ، بل والغاصب في وجه ، بقبض الولي في عدم الحاجة إلى الإذن والقصد .

وعلى كل حال فلا فرق في الحكم بين أصناف الولي ، خصوصاً بعد ملاحظة التعليل المزبور ، ولكن المتن ﴿ وفي الوصي تردّد ، أظهره الصحّة ﴾ ولم أجده لغيره عدا ما يحكى عن التحرير ، وما تشعر به عبارة النافع ، وكأنّه للتردّد فيه في غير موضع ، باعتبار اتحاد الموجب والقابل فيه ، المغتفر في الأب والجد ، للنصوص ، إلا أنّه قد بينا ضعف ذلك أيضاً في غير موضع ، والمراد هنا أن التردّد لذلك ، لا لدعوى أن ولاية الوصي ضعيفة ، فلا تقتضي صيرورة قبضه قبضاً عنهم ، الّتي هي واضحة الفساد ، إذ لا إشكال في عدم مدخلية ذلك ، كما لا اشكال في كفاية قبضه عنهم في الوقف من أجنبي والهبة وغيرهما ممّا لا خلاف فيه ، ولا اشكال فيه ، وإن ظن في الرياض دخول القبض من الأجنبي في التردّد ، إلاّ أنّه كما ترى .

وكيف كان ففي المسالك وفي معنى ما ذكر ، أي قبض الولي ما لو كان الموقوف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة وعارية ونحوهما ، لوجود المقتضى للصحّة ، وهو القبض ، فإن استدامته كابتدائه ، إن لم يكن أقوى ، ولا دليل على اعتبار كونه واقعاً مبتدأ بعد الوقف فيه .

وإن كان فيه ما لا يخفى ، بناء على عموم شرطيته ، وعدم الاذن والقصد في الاستدامة ، بل قد عرفت البحث فيه معها في كتاب الرهن ، وإن كان الاقوى الاكتفاء بهما حتّى في القبض بالغصب والشراء الفاسد ، تنزيلاً للاستدامة معها منزلة العود ثم القبض في الإثم وغيره .

وأمّا احتمال الاكتفاء – بالقبض بلا اذن من الواقف ولا قصد من الموقوف عليه ، بل ومع

قصد العدم ، لأن المدار كونه تحت يده بعد الوقف مع فرض القول بالشرطية الشاملة للفرض في غاية الضعف ، بل لا ينبغي صدوره من ذي مسكة .

وعلى كلّ حال فلا يعتبر فيما ذكرنا بناء على المختار مضيّ زمان يمكن فيه إحداث القبض ، ضرورة عدم صيرورته قبضاً حقيقة بذلك ، وإنّما المدار تنزيل زمان الاستدامة المفروض حصولها بالاذن والقصد منزلة القبض حقيقة ، وهذا لا يحتاج إلى زمان بعد حصولها .

وفي المسالك «وحيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضى زمان يمكن فيه احداثه وإن اعتبر ، لأنّ الاذن فيه يستدعي حصوله ، ومن ضروراته مضى زمان ، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد » .

وفيه أن ذلك لا يجدى في التجديد الحقيقي ، وأما الحكمي فغير محتاج إلى ذلك كما هو واضح .

﴿ ولو وقف على نفسه لم يصحّ ﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في محكى السرائر الاجماع ، وهو الحجة ، ، مضافاً إلى عدم تعقّله ، لما عرفت من اقتضاء الوقف نقل المنفعة خاصّة ، أومع العين للموقوف عليه ، ولا معنى لنقل ملكه إلى نفسه ، وإلى فحوى ما تسمعه من النصوص في المسئلة الآتية ، فما عن بعض العامة – من جوازه لأن استحقاق الشيء وقفاً غير استحقاقه ملكا ، وقد يقصد حبسه أو منع نفسه من التصرف المزيل للملك – واضح الفساد .

﴿ وكذا ﴾ لم يصحّ الوقف من أصله ﴿ لو وقف على نفسه ثمّ على غيره ﴾ لكونه حينئذٍ منقطع الأوّل الّذي قد عرفت تحقيق الحال فيه ، ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ ﴿ يبطل في حق نفسه ويصحّ في حق غيره ﴾ ولا ريب في أن الأوّل أشبه باصول المذهب وقواعده كما تقدم الكلام فيه وفي غيره من الصور مفصلاً .

نعم لو عطف الغير عليه بالواو فالاقوى الصحّة في النصف ، لعدم الانقطاع فيه لبقاء موقوف عليه ابتداء وهو الغير ، فإنّ الموقوف عليه ليس هو المجموع منه ومن الغير من حيث هو

مجموع ، بل كلّ واحد منهما ، فيبطل النصف في حقّه ، ويصحّ في النصف الآخر الذي لا مانع من الصحّة فيه ، وربما احتمل كون المجموع للغير كما سمعته من الشيخ في المرتب فضلاً عن المفروض ، إلاّ أنّه واضح الفساد فيهما ، لمخالفته لقصد الواقف الذي جعل الشارع الوقف على حسب ما وقفه ، كوضوحه أيضاً في دعوى البطلان فيهما معا ، لان ما وقع عليه العقد لا يجب به الوفاء اجماعاً ، والعقد لا يكون مبعضاً ضرورة عدم كون ذلك من التبعيض الممنوع ، بل هو من باب تبعض الصفقة الذي قد فرغنا من الكلام في صحته في محله ، ولو وقف على نفسه والفقراء فالظاهر الصحّة أيضاً في النصف ، وفي الدروس احتماله ، والصحةّ في الثلاثةالإرباع، والبطلان رأساً وفي الاخيرين – المبني أولها على ارادة أقل الجمع ، وهو الثلاثة من لفظ الفقراء ، ويكون هو حينئذٍ رابعاً فيبطل وثانيهما على بطلان تبعض الصفقة – ما لا يخفى .

﴿ و﴾ كذا ﴿ لو وقف على غيره وشرط ﴾ قضاء ديونه أو ﴿ إدرار مؤنته لم يصحّ﴾ بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل ظاهر المسالك إلى الاصحاب ، معلّلا له بأن الوقف يقتضي نقل الملك والمنافع عن نفسه ، فإذا شرط ذلك ونحوه فقد شرط ما ينافي مقتضاه ، فيبطل الشرط والوقف معا ، بل مقتضى اطلاق بعض ما هو صريح آخر من عدم الفرق في ذلك بين دين معين وعدمه وادرار مؤنته مدّة معيّنة وعدمه ، وبين تقدير ما يأخذه منه أوإطلاقه . وبين الانتفاع به مدّة حياته أو مدّة معلومة ، كلّ ذلك للقاعدة المزبورة .

وإلاّ فليس في النصوص الا مكاتبة عليّ بن سليمان[1] إلى أبي الحسن(ع) «جعلت فداك ليس لي ولد ولي ضياع ورثتها عن أبي وبعضها استفدتها ولا آمن الحدثان فإن لم يكن لي ولد وحدث بي حدث فما ترى جعلت فداك ، لي أن أقف بعضها على فقراء اخواني والمستضعفين أو أبيعها وأتصدق بثمنها عليهم في حياتي ، فإني أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتي ، فإن وقفتها في حياتي فلي أن تأكل منها أيام حياتي أم لا ؟ فكتب عليه السّلام فهمت كتابك في أمر ضياعك ، فليس أن تأكل منها من الصدقة فان أنت أكلت منها لم تنفذإن كان لك ورثة ، فبع

(١) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ١ – ٢ – ٣ .

وتصدق ببعض ثمنها في حياتك ، وان تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك ، مثل ما صنع أمير المؤمنين عليه‌السلام » .

وخبر طلحة بن زيد[1] عن أبي عبد الله عليه‌السلام عن أبيه عليه‌السلام «أنّ رجلاً تصدق بدار له وهو ساكن فيها فقال : الحين اخرج منها » وبعض النصوص الآتية في مسألة اشتراط العود إليه عند الحاجة .

مع أن في خبر أبي الجارود عن الباقر عليه السلام لا يشتري الرجل ما تصدق به ، وإن تصدق بمسكن على ذي قرابة فإن شاء سكن معهم وإن تصدق بخادم على ذي قرابة خدمه إن شاء الله .

بل عن النهاية إذا وقف انسان مسكنا جاز له أن يقعد فيه مع من وقف عليه ، وليس له أن يسكن غيره فيه ، ولعله نظر إلى الخبر المزبور الّذي لا بدّ من حمله على اذن الموقوف عليه ، وإلا كان مخالفاً للقواعد وغيرها ولا جابر له .

نعم ليس في تلك المكاتبة وغيرها اخراج النفس ، بل ولا جميع ما ذكروه ، فيكون منشؤه القاعدة المزبورة ، ولكن الظاهر عدم اقتضائها بطلان اشتراط ذلك على جهة الاستثناء له من التسبيل الذي قصده بالوقف لقاعدة «المؤمنون » «والوقوف » وغيرهما .

بل ربما كان المراد من قوله عليه‌السلام في المكاتبة المزبورة «وإن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك » كما عساه يظهر من عنوان الحرّ في الوسائل ، أقصاها بطلان استحقاقه له من حيث كونه وقفاً لاعتبار اخراج نفسه من عينه ومنفعته ، لا نحو ما ذكرناه الراجع إلى وقف عين وتسبيل منفعتها الخارجة عمّا استثناه ، فهو حينئذٍ كوقف العين المستأجرة مدة مثلاً ، وربما يشهد له في الجملة ما تقدم له سابقاً من دخول اللبن والصوف الموجودين في الشاة الموقوفة ما لم يستثنه ، بل حكينا عن الفاضل في التذكرة أن وقف البقرة للحرث مثلا خاصة يقتضى بقاء باقي المنافع من اللبن وغيره للواقف .

---

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١ - ٢ - ٢ .

لكن في جامع المقاصد التصريح في مسألة الشاة بعدم جواز استثناء شيء من المنافع المتجدّدة بخلاف الصوف واللبن الموجودين ، فإنّه يجوز استثناؤهما ويكون المسبّل ما عداهما .

إلاّ أنه كما ترى مجرد دعوى عارية عن الدليل بل مخالفة لما ذكره من الدليل ، بل ستسمع هنا من المسالك جواز الشرط للناظر ، فإذا كان الواقف ، هو أخذه ، وهو مبنى على ما ذكرناه ، بـل في كشف الاستاذ «ولو شرط ردّ مظالم عنه أو صدقة أو عبادة أو اداء ديون لزمته في حياته ، ونحو ذلك قوي القول بالصحّة » مع أنه قال قبل ذلك : «ولو شرط اجارة عن عبادة تجوز عن الاحياء وكان حياً كزيارة وحج ونحوهما قوى البطلان » وكأنّه بناه على الفرق بين شرط الانتفاع به حال حياته ، وبعد موته الذى هو خروج عن الوقف ، وإن رجع إليه ثواب ذلك فلا تنافيه القاعدة المزبورة كما لا يتنافى شرط أكل أهله منه ، بل وأضيافه ومن يمرّ به والـتابعة، فيصحّ حينئذٍ كما حكي من فعل النبي عليه‌السلام في خبر أحمد[1] عن أبي الحسن الثاني عليه‌السلام بل نحوذ لك عن فاطمة عليهاالسلام أيضاً في صدقتها[2] .

بل في الدروس والرياض ولا يقدح كونهم واجبي النفقة ، وتسقط نفقتهم ان اكتفوا به ، وهو متّجه في غير الزوجة والمملوك ، أما هما فيشكل برجوع ذلك إلى نفسه أيضاً ، ولذا قال في الأوّل منهما بعد ما سمعت : «ولو شرط أكل الزوجة ففيه نظر من عود النفع إليه » ومن توهّم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها وإن كان فيه أنّه لا نظر في جواز أكلها ، وانّما الكلام في اشتراط نفقة الزوجية ، وهو الّذي قلنا أنّه من شرط النفع لنفسه ، وكذا مملوكه ولو كان حيواناً » .

وعلى كلّ حال فالمدار على عدم منافاة القاعدة المزبورة ، فيصحّ حينئذٍ جميع ما لا ينافيها ، بل في المسالك «وكذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره ، فإن كان وليه الواقف كان له ذلك عملاً بالشرط ، ولا يكون ذلك شرطاً لنفع نفسه» وهو إن لم يكن مبنيًّا على ما ذكرناه مشكل ، ضرورة عدم خروجه بسبب النظارة عن ملكه صدقته وعدم إخراج نفسه عن وقفه ، وكذا قيل : لا ينافي ما ذكره المصنّف وغيره بقوله .

(١ و ٢) الوسائل الباب – ١٠ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٣ – ١ .

﴿ أما لو وقف على الفقراء ﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ ثمّ صار فقيرا ، أو على الفقهاء ﴾ وكان منهم أو لم يكن ﴿ ثمّ صار فقيها صحّ له المشاركة بالإنتفاع ﴾ بل والإختصاص به ، لأنّه ليس وقفاً على نفسه ولا على جماعة هو منهم ، فإنّ الوقف بهذا الوجه ليس وقفاً على الأشخاص المتّصفين بهذا الوصف ، بل على الجهة المخصوصة ، ولهذا لا يعتبر قبولهم ، ولا قبول بعضهم ولا قبضهم وإن أمكن .

بل في المسالك «ولا ينتقل الملك إليهم ، وإنّما ينتقل إلى الله تعالى ، ولا يجب صرف النماء في جميعهم ، بل مثل هذا يسمّى وقفاً على الجهة ، لأنّ الواقف ينظر إلى جهة الفقر والمسكنة ويقصد نفع كلّ موصوف بهذا الوصف لا شخص بعينه» .

لكن في الكفاية الإشكال في المشاركة المزبورة قال : «واحتجاجهم بأنّ ذلك ليس وقفا على نفسه ولا على جماعة هو منهم صحيح غير نافع ، إنّما ينفع لو كان النص المانع وارداً بلفظ الوقف على نفسه ، أو ثبت إجماع على المشاركة في محلّ البحث ، و ليس كذلك ، إذ الأخبار المذكورة ليس على هذا الوجه كما لا يخفى ، ولا إجماع على المشاركة هنا» وكأنه لحظ في نفي الإجماع خلاف ابن إدريس ، فإن المحكي عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه على الحال ، بل والفاضل في المختلف والتذكرة .

قال في الأوّل : «الوجه عندي أي الوقف إن انتقل إلى الله تعالى كالمساجد فإن للواقف الإنتفاع به كغيره من الصلاة فيه وغيرها ، وإن انتقل إلى الخلق لم يدخل سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف ، كأنْ وقف على المسلمين أو على الفقهاء و هو منهم ، أو لم يكن منهم وقت العقد ثمّ صار منهم» وكذا عن التذكرة وعن المهذب لابن البراج أنّه جعل الوقف العام أقساماً ، وقف المسجد والقنطرة ، ووقف الدور و المنازل الّتي ينزلها الحاج والخانات ، ووقف الدور والمنازل الّتي ليست كذلك . و الوقف على المسلمين ، فحكم في الأوّل والأخير بجواز الإنتفاع وفصّل في الدور والمنازل بين ما ينزلها الحاج والخانات وبين غيرها فجوّز في الأوّل دون الثاني .

لكن في محكي المبسوط فأما إذا وقف وقفاً عاماً مثل أن يقفه على المسلمين جاز له الإنتفاع بلا خلاف ، لأنّه يعود إلى أصل الإباحة ، فيكون هو وغيره سواء ، ومثله في محكي الغنية .

قلت : لا ينبغي التأمّل ولو للسيرة القطعية في جواز الإنتفاع في المسجد ، و الخان ونحوهما اللذين صارا بسبب الوقف كالتحرير ، بل الظاهر خروجها عن المالية فينتفع به حينئذٍ على الوجه الّذي ذكره من غير فرق بين الواقف وغيره .

لكن دعوى – أن كلّ وقف عام حتّى ما كان موضوعه العلماء والمجتهدون وغير ذلك وكان له ثمرات تدخل تحت الملك كثمرة البستان ونحوها كذلك – محل بحث أو منع ، ضرورة كون الملك فيه بقصد الواقف وغيره للجنسّ ، ولو بواسطة افراده الّتي لو – فرض كون الواقف منها ، لم يكن قد أخرج نفسه عن صدقته وتحقق فيه المانع المزبور ، من غير فرق بين ذي الوصف السابق والمتجدد ، على أنّ وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاة للفقراء الّذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاة ، ومـالكيّة الكلّي على نحو مملوكيته ، فكما أن خصوص الفرد في الثاني يكون منطبقاً على الكلي المملوك وتحصل به براءة الذمة ممّن عليه فكذلك مالكية الكلّي أيضاً إذا تشخص بفرد انطبق عليه ، فإذا فرض أنّه الواقف ، صار هو المالك لصدقته المعتبر فيها خروجه عنه ، فلا بد حينئذٍ في صحة الوقف من خروج تشخّص الكلّي به عنه ، كما أومىء إليه الفاضل فيما حكي عنه .

نعم لا بأس به فيما ذكرناه ممّا هو خارج عن المالية ، والإنتفاع به ليس على طريق الملك ، كالصلاة في المسجد والعبور على القنطرة والجلوس في الخان ، ونحو ذلك ممّا هو جائز باعتبار الإباحة الشرعية ، ولو بسبب الوقف أو للسيرة القطعية أو لغير ذلك هذا .

وفي جامع المقاصد عن بعض فتاوى الشهيد أنّه ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها واستحسنه كثاني الشهيدين في المسالك قال : «فإنه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه ولم يقصد الجهة ، وإذا قصد منع نفسه خصّص العام بالنيّة وهو جائز ، فيجب اتباع شرطه للخبر السابق ، وإنّما الكلام مع الإطلاق» .

وفيه أن قصد إدخال نفسه بقصد الجهة التي يندرج فيها عين مفروض المسألة فمع فرض بطلانه يتّجه ما قلناه فتأمّل جيداً .

﴿ ولو شرط عوده إليه عند حاجته صحّ الشرط ، وبطل الوقف وصار حبساً ويعود إليه

مع الحاجة ﴿ التي يرجع في مصداقها إلى العرف على حسب غيرها من الألفاظ ﴿ ويورث ﴾ مع عوده بها أو مطلقاً كما ستعرف ، والأصل في ذلك خبر إسماعيل بن الفضل[١] قال : سألت أبا عبد الله عليه‌السلام يتصدق ببعض ماله في حياته في كلّ وجه من وجوه الخير ، وقال : إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له ؟ وقد جعله لله يكون له في حياته ، فإذا أهلك الرجل يرجع ميراثاً إلى أهله أو يمضي صدقةً ؟ قال : يرجع ميراثاً إلى أهله» .

والموثّق[٢] «من أوقف أرضاً ثمّ قال : إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثمّ مات الرجل فإنّها ترجع إلى الميراث» .

ولكن اختلف فيه الأصحاب ، فبين قائل ببطلان ذلك من أصله كما عن أبي علي وابني حمزة وادريس والآبي ، بل حكاه في المختلف عن الشيخ في المبسوط أيضاً وإن كنّا لم نتحققّه نعم هو ظاهر النافع والحرّ والكفاية ، لمنافاة الشرط المزبور دوام الوقف ، بل هو من التعليق ، ولظهور قوله يرجع ميراثاً ، في إرادة البطلان ، ولأنّه صدقة ولا يجوز رجوع إلى صدقة ، ولوجوب إخراج نفسه من الوقف .

وبين قائل بصحته وقفا فإن احتاج كان منقطعاً ، وإلاّ كان مؤبداً كما هو صريح كلام السيّد في الإنتصار ، مدعياً عليه الإجماع ، والفاضل في المختلف والقطيفي في المحكي عن إيضاحه وظاهر المقنعة والمراسم ، بل في المسالك نسبة صحّة الشرط إلى السيّد والمعظم تارة وأخرى قال : «إن العمل بخبر إسماعيل بن الفضل اتّفاق من الأصحاب أو من أكثرهم» .

وعلى كلّ حال فلا ريب في أنّه الأقوى ، لعموم «الوقوف» و «المؤمنون» وعدم جواز الرجوع بالصدقة الّتي لم يكن التصدق بها على الوجه المزبور ، وليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً بل هو تقييد للوقف بما يقتضي انتهاءه ، ودوام الوقف غير شرط كما عرفته سابقاً من صحّة الوقف المنقطع ، ولا تعليق فيه على وجه ينافي عقد الوقف ، بل هو تقييد للوقف على نحو

---

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٣-١ .
(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ الحديث - ٤٠ .

تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف الّتي لا إشكال في جوازها ، ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً ما دام غنيا عنه ، فإنّه بناء على مشروعية المنقطع منه ، لا فرق في الأوصاف الّتي يكون ارتفاعها غاية ، بين أن تكون في الموقوف عليه أو في غيرهم بعد اشتراكها في اقتضاء ارتفاعها بقاء الوقف حينئذٍ بلا موقوف عليه ، وصيرورته من غير الموقّت الّذي قد عرفت بطلانه نصاً وفتوى ، وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الّذي لم اعرف خلافاً في عدم جوازه ، عدا عبارة في محكي التجرير لم يعلم أنّها له أو للشيخ .

وعلى كلّ حال لا ريب في شذوذها لمنافاته اللزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختياراً بوجه ، وما نحن فيه إنّما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلّق عليه ، وفرق واضح بين المقامين ، والخبران - بعد احتمال إرادة البطلان فيهما باعتبار اشتراط كونه أحق به ، وهووقف ، لما سمعت من اعتبار إخراج نفسه من الوقف في جميع الأحوال ، وحينئذٍ يكونان خارجين عمّا نحن فيه - يمكن إرادة الرجوع ميراثاً في الأوّل منهما بعد فرض حصول الحاجة منه ، وعاد الوقف إليه بحسب شرطه فإذا هلك بعد أن كان كذلك رجع المال إلى ورثته ، ضرورة بطلان الوقف بحصول الحاجة ، والوجه في ذلك أن السائل سأل عن صحّة الشرط وعدمه ، وأنّه على تقدير صحّته يكون أحق به ما دام حيا ، فإذا هلك يبقى على الصدقة لعدم حاجته إليه ، أو يرجع ميراثاً ؟ فأجاب الإمام عن ذلك كلّه بالرجوع ميراثاً ، بمعنى أن الشرط صحيح ، وإذا حصلت الحاجة إليه رجع المال إليه ، وبعد رجوعه لا يعود إلى الوقف ، بل هو ميراث .

ومنه يعلم وجه المراد في الموثق لظهور اتحاد المراد فيهما ، بل ربما يشهد لذلك في الجملة ما في صدقة أمير المؤمنين عليه‌السلام [1] حيث قال : «وأنّه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله تعالى في حلّ محلّل لا حرج عليه . فإن أراد بيع نصيب من المال فيقضي به الدّين فليفعل إن شاء ولا حرج عليه فيه ، وإن شاء جعله شراء الملك» بناء على إرادة الرخصة له إن شاء بيع نصيب من المال الموقوف على جهة إبطال وقفه لا خصوص الثمرة منه ، فتأمل .

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العشرة الحديث - ٢ .

وأما القول بصحة الشرط المزبور ورجوع الوقف حبسا حتّى جعلوه قولاً ثالثاً في المسألة ، ونسبوه إلى الشيخ والقاضي والمصنّف هنا ، والفاضل في القواعد والتذكرة والإرشاد والشهيد في الدروس والتنقيح وجامع المقاصد والروض والروضة ، فإن أرادوا به ذلك مع فرض تحقق الحاجة ، فهو المختار ، وإن أرادوا به ذلك مع عدم الحاجة أيضاً بدعوى أن الميّت بموته قد احتاج فهو كالخرافة ، ضرورة عدم كون ذلك المراد من إطلاق الشرط مع إمكان فرض التصريح بإرادتها حال الحياة ، وكذا دعوى -كون موت الحابس غاية لحبسه بعد أن لم يذكر له أمداً ضرورة أنّه قد ذكر له أمداً ولم يحصل فمقتضى ذلك بقاؤه محبوسا إلى آخره ، على أنّ مفروض المسألة في الوقف وهو ما علم قصد الوقف به ، لا أن مفروض المسألة من قال وقفت ، فيحمل قصده على إرادة الحبس بقرينة الشرط المزبور إذ هو كما ترى خروج عما نحن فيه ورجوع إلى مسألة لفظية قد عرفت البحث في نظيرها ، وأن المتّجه فيها الحمل على البطلان لعدم صلاحية إصالة الصحّة لصرف ظاهر اللفظ كما تقدم تحقيق الحال فيه سابقاً .

على أنّ دعوى بطلان الشرط المزبور - بعد فرض القول بصحّة الوقف المنقطع - واضحة الفساد ، وكونه باطلاً في نفسه للتعليق ، يدفعه معلومية جواز نظائره في الوقف ، وأنّه ليس تعليقاً ممنوعاً ، ولو سلّم فهو باطل في الحبس أيضاً ضرورة اشتراكها بالنسبة إلى ذلك .

وكذا دعوى أن الحكم بكون الفرض حبساً مع القول بصحّة الوقف المنقطع وصحّة هذا الشرط ، وكون القصد الوقف إنّما هو للخبرين المزبورين ، إذ قد عرفت أنّهما - بعد احتمالها ما سمعت - لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه ، وليس بأولى من القول بصحّته وقفاً على هذا الوجه ، بمعنى أنّه له حكم الحبس نحو ما سمعته منّا في حمل كلامهم في الوقف على من ينقرض ، بل هو صريح الفاضل في المختلف ، وإن كان هو هنا فيه ما لا يخفى فلا محيص حينئذٍ عن القول بالصحّة حسب ما قلناه .

ومما ذكرناه يظهر لك الوجه في المسألة وأقوالها وأدلّتها ، بل وما في الفوائد الّتي ذكرها في المسالك ، بل وما في غيرها من كتب الأصحاب أيضاً ، هذا ويمكن حمل عبارة المصنّف

والفاضل وما شابهها على إرادة بطلانه وقفاً على كلّ حال وإن حبسه وصيرورته إرثاً بعد عوده إليه للحاجة ، لا كما ذكره في المسالك ، أو يراد حكم الحبس فيها ، أو غير ذلك .

ومن الغريب بعد ذلك كله دعوى ابن ادريس الإجماع على البطلان . ومن هنا حكم بخطئه في المختلف قال : «فإنّه قد ذكرنا ما صرنا إليه وهو قول أكثر علمائنا ، حتى أن السيد المرتضى ادعى الإجماع عليه ، واحتج عليه بأن كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف ، وما يشترط فيه ، فإذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه واعترض على نفسه بأنّ هذا شرط يناقض كونه وقفا وحبسا بخلاف غيره من الشروط ، وأجاب بأنه غير مناقض لأنّه متى لم يختر الرجوع فهو ماضٍ على سبيله ، وإن مات قبل العود نفذ نفوذاً ثابتاً ، وهذا حكم ما أفاده في عقد الوقف ، فكيف يكون نقضا لحكمه ، ولا يقاس على العتق لبطلانه وللفرق بعدم صحّة دخول الشرط مطلقاً في العتق ، بخلاف الوقف الّذي لا فرق بين هذا الشرط وغيره في الجواز . ثمّ اعترض وقال : فإن قيل : قد خالف ابن الجنيد فيما ذكرتموه ، ثمّ أجاب بأنّه لا اعتبار به ، وقد تقدّمه إجماع الطائفة ، وتأخر أيضاً عنه ، وإنّما عوّل على ظنون له وحسابات وأخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها .

﴿ ولو شرط اخراج من يريد بطل الوقف ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط اعترافه به ، بل قيل ظاهره نفيه بين المسلمين ، بل في المسالك وعن صريح وظاهر غيره الإجماع عليه ، ولعله العمدة ، وإلاّ ففي الكفاية فيه إشكال ، نظراً إلى الدليل ، أي عموم «الوقوف» ونحوها ممّا اقتضى جواز نظائره ، كالعود عند الحاجة وغيره ، ممّا يمكن فرض ما نحن فيه نحوه - وحينئذٍ فدعوى أنّه شرط مناف لمقتضى اللزوم في عقد الوقف ، يدفعها عدم المنافاة ، مع فرض وقوعه على نحو غيره من الشرائط الّتي ينقطع الوقف بها ولا تكون منافية للزومه .

وربما كان مراد الأصحاب باشتراط إخراج من يريد ، فسخ الوقف حينئذٍ ، لا خروجه بانتفاء الوصف المعلّق عليه الوقف ، وحينئذٍ يتّجه البطلان فيه ، ضرورة رجوعه إلى نحو اشتراط الخيار الذي قد عرفت فساده أو إلى اشتراط كون سلطنة السبب الّذي هو المشهور إليه ، ونحو ذلك ممّا تسمعه في اشتراط الإدخال والنقل ، اللّهم إلا ان يدعى صلاحية الإرادة وصفاً

للموقوف عليه ، ولكنّه كما ترى .

بل قد يشكل ذلك بما ذكره المصنف ﴿ و ﴾ غيره من أنّه ﴿ لو شرط ادخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على أولاده أو على غيرهم ﴾ معلّلين له بأنّ هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف ، فإن بناءه على جواز إدخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود ، واشتراط إدخال من يريد ادخاله في معناه ، بل أضعف منه لأنّه قد يريد ، فيكون في معنى اشتراط دخوله ، وقد لا يريد فيبقى الوقف على أصله ، فإذا جاز الأوّل ، اتفاقا جاز الآخر كذلك ، أو بطريق أولى .

وما يقال : — من أن ذلك يقتضي نقصان حصّة الموقوف عليه فيكون إبطالاً للوقف في ذلك البعض — .

يدفعه أولاً : أنّه وارد في ادخال كلّ معدوم تابعاً للموجود .

وثانياً : أن العقد لما تضمّن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا ما كان مطابقاً له فلا يعتبر .

وثالثاً : أن الوقف حق لازم في حقّ الموقوف عليه في الجملة ، وإنّما المختلف الحصّة ، وذلك غير قادح ، كما لو وقف على بطون فزادت تارة ، ونقصت أخرى ، ضرورة أن ذلك كله مبني على صلاحية الإرادة وصفاً لدخول الموقوف عليه كالوجود والعلم ونحوهما ، فإذا جاز ذلك جاز جعلها وصفاً للخروج منهم ، كباقي الاوصاف الّتي يقتضي زوالها ذلك .

أما لو فرض إرادة اشتراط سلطنه الاخراج والادخال إليه ، على وجه يكون أصل الوقف بيده دخولاً وخروجاً ، فالمتّجه البطلان فيهما ، لرجوعه إلى اشتراط كون أصل السببية بيده ، والفرض أن ذلك أمر شرعي لا يرجع إليه .

ولعلّه لذا أبطله بهما في ظاهر الدروس كما حكاه عنه في جامع المقاصد وغيره قال فيها : «وليس له ادخال غيرهم معهم ، وإن كانوا أطفاله على الأصحّ ، ولا اخراج من يريده ولو

شرطه في العقد بطل وفي محكي المبسوط ولو شرط أن يخرج من شاء منهم ، ويدخل في ذلك من شاء ، وأن يفضل بعضهم على بعض إن شاء ، أو يسوى بينهم إن شاء كان ذلك كلّه باطلاً ، لأنّه شرط التصرف فيما هو ملك لغيره ، بلا خلاف ، وقد روى أصحابنا : أنّه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم ، وأما الاخراج والنقل فلا خلاف عندنا أيضاً في عدم جوازه» .

ومن ذلك يظهر ذلك ما في جامع المقاصد فإنّه بعد أن حكى عن ظاهر الدروس ما عرفت قال : وهو بعيد ، لعدم المنافاة ، وعموم قوله [1] «الوقوف» فالأصحّ الصحّة إذ قد عرفت أنّ المتّجه الصحّة مع جعل الارادة وصفاً للدخول والخروج ، فيدخل ويخرج من اتّصف بها من غير ادخال واخراج منه ، كما أنّ المتّجه عدمها مع اشتراط الادخال والاخراج ، بمعنى جعل السلطنة إليه في الإدخال والإخراج .

بل وكذا يظهر لك النظر فيما في المتن ، وغيره من الفرق بينهما في الحكم ، أللّهم إلا أن ينزل على ما ذكرناه ، ولكنّه بعيد ، ضرورة ظهورها في الفرق بين الإدخال والإخراج ، فلا يصحّ شرط الأول بخلاف الثاني .

وقد عرفت تحقيق الحال الّذي عليه أو على ما لا ينافيه ينزل خبر أبي طاهر البلالي المروى عن اكمال الدين [2] قال : كتب جعفر بن حمدان «استحللت بجارية إلى أن قال : » ولي ضيعة قد كنت قبل أن تصير إلى هذه المرأة سبّلتها على وصاياي وعلى سائر ولدي على أن الأمر في الزيادة ، والنقصان فيه إلى أيّام حياتي وقد أتت بهذا الولد فلم ألحقه بالوقف المتقدم المؤبد ، وأوصيت إن حدث بي حدث الموت أن يجري عليه ما دام صغيراً ، فإن كبر أعطى من هذه الضيعة جملة مأتي دينار غير مؤبد ، ولا يكون له ولا لعقبه بعد اعطائه ذلك في الوقف شيء ، فرأيك أعزّك الله تعالى ، فورد جوابها يعني من صاحب الزمان ، أما الرجل الّذي استحلّ بالجارية «إلى أن قال : » وأما إعطاؤه ، المأتي دينار واخراجه من الوقف ، فالمال ماله ، فعل فيه ما أراد .

(١) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١ـ٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ٢ .

﴿ و ﴾ كيف كان فهذا كلّه في الشرط على النحو المزبور و ﴿ أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز وبطل الوقف ﴾ في المشهور بل قد سمعت نفي الخلاف عنه في محكي المبسوط : بل قيل : إنّ ظاهره إرادة نفيه بين المسلمين ، لكن في القواعد على إشكال ، بل في الدروس الأقرب جوازه ، وفي محكي التذكرة لو قال : هذا وقف على أولادي سنة ثمّ على المساكين صحّ إجماعاً .

وفيه أيضاً لو قال هذا وقف على أولادي مدّة حياتي ثمّ بعد مماتي للمساكين صحّ اجماعاً ، لكن في المقام أفتى بالبطلان كالمشهور .

ولعلّه من التأمل فيما ذكرناه يعلم تحقيق الحال هنا ، فيحكم بالبطلان على إرادة النقل منه ، لرجوعه إلى اشتراط ما هو المشهور والصحّة على إرادة الانتقال على حسب باقي العنوانات في الوقف ، بمعنى أنّه على هؤلاء مثلاً ما دام خالياً عن الولد ، وإلاكان الوقف عليه ، ثمّ منه على المساكين مثلاً ، فإن خروج من خرج حينئذٍ لفوات عنوان الموقوف عليهم ، كالفقر والعلم ونحوهما ، فيشمله[1] «الوقوف على حسب» إلى آخره وغيره .

ولعله إلى ذلك أومىء في جامع المقاصد فإنّه بعد أن حكم بالبطلان قال ، و يمكن الفرق بين ما هنا وبين إناطة الوقف بصفة في الموقوف عليه ، مثل فقراء أولاده ، و فقهائهم ، بأن الوقف في الثاني لم يكن على الأولاد ، بل على الفقراء منهم ، فإذا زال الفقر ينتفي الموقوف عليهم ، فكان ذلك جارياً مجرى موتهم وعدهم ، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم وشرط نقله عنهم ، فإن ذلك إبطال للوقف باختياره» .

وقال أيضاً في شرح قول الفاضل متصلاً بمسألتنا السابقة «وكذا الإشكال لو قال على أصاغر أولادي سنة ثمّ على الفقراء» ، منشأ الإشكال هنا قريب من الّذي قبله ، إلى أن قال : واعلم أن بين هذه المسألة والّتي قبلها فرقاً ، من حيث أنّه في تلك شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد ، وفي هذه وقفه على أولاده سنة ثمّ بعد مضيها هو وقف على المساكين ، فينتقل إليهم هو ،

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث ١-٢ .

من غير أن ينقله هو» وهو ظاهر أو صريح في أن موضوع البطلان ما فرضناه ، لا ما حكمنا بصحّته .

أو يقال : إنّ المدار في الصحة والبطلان في هذه المسائل كلها ملاحظة معنى العنوانية سواء كانت لوصف في الموقوف عليه ، أو في الواقف ، أو في غيرهما فيصحّ لعموم «الوقوف[1]» وغيره وملاحظة معنى الشرطية التي تقتضي تعليقا في السبب أو إبطالاً لما هو ثابت في الشرع أو اثباتا لما هو للشارع لا له أو نحو ذلك ، فيبطل جيّداً ، فإن في كلامهم تشويشا حتّى الرياض ، فإنّه بعد الإغضاء عما حكاه فيه عن التذكرة وعما ذكره ، من غير ذلك .

قال : «والتحقيق أن يقال : إنّ هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجّحات ، فلا يمكن التمسك بأحدهما ، فيبقى الرجوع إلى حكم الأصل ، وهو عدم الصحّة ، وإثباتها بالعمومات غير ممكن ، بعد فرض سقوطها ، كالشهرة المرجّحين للاجماعين في البين ، كنفس الاجماعين ، مضافاً إلى ما عرفت من وهن الاجماع الثاني ، فإذا المذهب مختار الأكثر ، وإن كان الصحّة في الجملة أحوط» .

إذ هو كما ترى من غرائب الكلام ، بعد ما عرفت من أن موضوع اجماع التذكرة من انتقال الوقف ، غير موضوع اجماع الشيخ الّذي هو النقل ، ومن هنا قد سمعت أن المحكي عنه هنا البطلان ، مع دعواه الاجماعين المزبورين .

بل ويظهر لك ما في المسالك ، بل وما في جامع المقاصد فضلاً عن غيرهما من الكتب فلاحظ وتأمل كي تعرف الحال في المسائل الثلاثة ، وأن المدار في البطلان فيها أجمع على اشتراط الادخال والاخراج والنقل ، وفي الصحّة على اشتراط الدخول والخروج و الانتقال ، وفي معقد اجماع التذكرة وغير ذلك من مسألة الوقف على الأولاد سنة ، ثمّ على الفقراء وغيرها والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فقد ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في النهاية ﴿ إذا وقف

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١ - ٢ .

على أولاده الأصاغر ، جاز له أن يشرك معهم ﴿ من يتجدد له من الأولاد ﴾ ﴿ وإن لم يشترط ﴾ ووافقه على ذلك القاضي ، ولكن بشرط عدم تصريحه بإرادة الاختصاص ، ولعلّ ذلك مراد الشيخ أيضاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فهو ﴿ ليس بمعتمد ﴾ لمنافاته قاعدة الأسباب وما استفاضت به النصوص [١] من عدم جواز الرجوع فيما كان لله ، إذ التشريك فيه رجوع عمّا فعله أوّلاً ، ولغير ذلك ، ولذا أعرض المشهور عنه ، بل لم أجد من وافقهما عليه كما اعترف به غير واحد ، فإن احتج لهما بصدر صحيح ابن يقطين [٢] «سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ، قال : لا بأس بذلك ، وعن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبيّنه لهم ، أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقة ؟ قال : ليس له ذلك ، إلاّ أن يشترط أنّه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له» .

وخبر سهل [٣] «سألت أبا الحسن الرضا عليه‌السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ، ثمّ يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده ، قال : لا بأس به» .

وصحيح ابن الحجاج [٥] عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده ، قال : لا بأس» .

وخبر علي بن جعفر [١] عن أخيه عليه‌السلام المروي عن قرب الاسناد «سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقة ثمّ بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده ، أيصلح ذلك ؟ قال : نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحب ، والهبة من والد بمنزلة الصدقة من غيره» فإنّ الجميع - بعد الإغضاء عما في السند مع عدم الجابر ، وعما في المتن من أنّها غير مختصّة بدعوى القائل من تشريك خصوص من يتجدّد له من الأولاد ، واحتمال الصدقة والجعل غير الوقف أو ارادة الصدقة والعزم عليها - من المطلق الّذي يجب حمله على المقيد الّذي في خبر ابن يقطين ، بل هو كالصريح في ذلك ، ضرورة عدم الفرق بين سؤاليه حتّى أجاب الأوّل منهما بنفي البأس ، والثاني بعدم الجواز إلاّ

---

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٥ .

بالتقييد المزبور ، بل منه يظهر أنّ الاطلاق في مثل هذا السؤال منصرف إلى فاقد القيد ، المراد منه عدم الاقباض أو عدم بيان المتصدق به ، وإن كان عازماً عليه .

وعلى كلّ حال يكون خارجاً عن المفروض الّذي هو التشريك في الوقف ، بعد وقوعه وجمعه لجميع شرايط الصحّة واللزوم ، وتجرّده عن اشتراط الشركة بالإرادة .

ومن الغريب ما في المسالك من الميل إلى قول القاضي حيث قال بعد ذكر النصوص «ويمكن التوفيق بين النصوص بأمرين أحدهما – أن يكون في الثاني قد شرط قصره على الأوّلين كما يشعر به قوله «بعد أن أبانهم بصدقة» ويحمل الأول على ما لم يشترط ذلك على ما يدلّ عليه اطلاقه ، فيكون ذلك كقول القاضي ، والثاني حمل النهي في الثاني على الكراهة جمعاً ، وكلاهما متّجه ، إلاّ أنّ الأوّل من التأويلين أوجه» .

إذ هو كما ترى مناف للإستثناء الظاهر في الخبر المزبور ، وبعيد عن لفظ الابانة أو التبيين ، فلا ريب في أنّ الجمع بينهما بما ذكرناه ، وخبر قرب الإسناد[١] إنّما هو على مذاق غيره من النصوص الدالة على ثبوت السلطنة للوالد على مال ولده ، نحو[٢] «أنت ومالك لأبيك» المحمولة على رجحان عدم معارضة الولد للوالد فيما أحبّه لو كان بالغاً ، وعلى ثبوت الولاية له على ماله على حسب الوجه الشرعي ، فلا بد من حمل الصدقة فيه على ما يقبل التشريك الحاصل من الوالد ، ولو بسبب جديد حتّى في الوقف بالنظر إلى التشريك معه في المنفعة بصلح ونحوه .

فظهر من هذا كلّه أن الوقف متى تمّ لم يجز له حينئذٍ تغييره بادخال أو إخراج أو نقل إلا مع الشرط الذي ذكرناه ، لكن في المقنعة «لو حدث في الموقوف عليهم حدث يمنع الشرع عن معونته والصدقة عليه ، والتقرب إلى الله تعالى بصلته جاز التغيير فإنّ الوقف صدقة ، فلا يستحقّه من لا يستحقها ، فإذا أحدث في الموقوف عليه كفر أو فسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذٍ للواقف التغيير والإدخال» .

(٢) الوسائل الباب –٧٨– من أبواب ما يكتسب به الحديث – ٢ و ٨ و ٩ .

ونفى عنه البعد في المختلف قال : «وإن منعه الحلي وغيره «ثمّ قال» وهذا مع حدوث المانع ، أمـا لو كان حاصلاً حال الوقف فلا .

وهو كما ترى لا يخفى عليك ما فيه إذا لم يكن ذلك على جهة تغيير العنوان ، ضرورة معلومية اللزوم في عقد الوقف ، ولا دليل على جواز نقضه وتغييره بحدوث الحادث المزبور في الموقوف عليه الّذي صار الموقوف بسبب الوقف كساير أمواله ، أللّهمّ إلاّ أن يدعي أن الوقف لما كانت صدقة جارية اعتبر في استدامته ما اعتبر في ابتدائه من كون الموقوف عليه محلاً للصدقة ، ولكن هي أيضاً كما ترى .

وممّا ذكرنا ظهر لك جواز كلّ شرط سائغ في الوقف ، حتى أنّه لو شرط أن يؤجر من ضعيف أو مماطل أو لا يؤجر أزيد من عام مثلاً أو لا يوقع عليه عقداً حتّى ينقضي مدّة الأوّل ، أو لاَ يسلم حتّى يقبض الأجرة ونحو ذلك .

نعم لو شرط أنّ له كلما شرط الواقفون في وقفهم أو سيشترطونه ، ففي الدروس «بطل للجهالة» وعن بعض العلماء جوازه ، وكأنّه يحمله على الشروط السائغة بأسرها ، ولو أنّه صرح بذلك فالظاهر البطلان لعدم انحصارها .

قلت : قد يقال : أنّه لم يثبت البطلان بعدم الإنحصار هنا بعد فرض تناول عموم «الوقوف» «والمؤمنون» له والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ القبض معتبر ﴾ في الصحّة أو اللزوم ﴿ في الموقوف عليهم أوّلا ﴾ وإن شاركهم في طبقتهم من يتحدد من المعدومين ﴿ ويسقط اعتبار ﴾ غير ﴿ ذلك ﴾ من القبض ﴿ في بقية الطبقات ﴾ .

بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، بل وقد تشعر به عبارة بعضهم في باقي الطبقات ، لعموم الأدلّة واطلاقها التي اقتصر في الخروج عنها على هذا المقدار من القبض ، دون غـيره الّذي يمكن دعوى القطع بعدم اعتباره ، وهذا هو العمدة لا ما ذكروه — من أنّهم يتلقون الملك عن الأوّل ، وقد تحقّق الوقف ولزم بقبضه ، فلو اشترط قبض الثاني لانقلب العقد اللازم جايزاً بغير دليل ، وهو باطل — .

إذ هوكما ترى ، ضرورة أنّ التلقي من الواقف ، وخصوصاً مع شركة المعدوم معهم في طبقتهم ، فمع فرض عموم دليل القبض وعدم حصوله من الحاكم الّذي هو ولي البطون ، لا مانع من صيرورة العقد لازماً في حقّ من قبض ، دون غيره ممّن فقد الشرط ، وليس ذلك انقلاباً للعقد ، ولا تبعيضاً ممنوعاً ، بل أقصاه أنّه يكون منقطعاً مع فرض الفسخ قبل قبض الطبقة الثانية أو عدم قبضهم ، والممنوع إنّما هو انقلابه جايزاً في حق من لزم في حقّه بلا دليل ، كما هو واضح والأمر سهل بعد معلومية الحال .

﴿ ولو وقف على الفقراء أو على الفقهاء ﴾ أو نحو ذلك ممّن لا يمكن حصول القبض منهم أجمع ، ﴿ فلا بدّ ﴾ بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك ﴿ من ﴾ قبض الحاكم الّذي هو الوليّ العام أو ﴿ نصب قيّم ﴾ منه ﴿ لقبض الوقف ﴾ ولا يكفي قبض بعض المستحقّين فإنّه ليس هو الموقوف عليه بل الجنس الّذي لا يتحقّق القبض بالنسبة إليه إلاّ بقبض جميع أفراده أو الولي العام دون بعض أفراده .

ومن هنا كان قبض الحاكم للزكاة قبضاً للفقراء اجمع وموجباً لبراءة ذمّة الدافع وكان له الصلح عنها بخلاف قبض مستحقيها فإنّه لا يكون قبضا لها عن الجميع ، وإنّما له قبض ما يخصّه الدافع به ، باعتبار كونه مصرفاً من مصارفها ، كما هو واضح ، هذا .

ولكن في الدروس والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح أن للواقف نصب قيّم لذلك ، بل في الثاني منها خصوصاً مع فقد الحاكم ومنصوبه ، ومحل نصبه قبل إيقاع الصيغة إن اعتبرنا فوريته ، وإلاّ فقبله أو بعده .

وفيه أنّه لا دليل على أنّ له هذه الوظيفة باعتبار كونه واقفاً . نعم له اشتراط الناظر على وقفه في عقد وقفه ، لعموم[1] «المؤمنون عند شروطهم» وهو غير قابض الوقف و ربما استدلّ له بما في صحيح صفوان[1] السابق في مبحث القبض «إن كان أوقفها لولده و لغيرهم ، ثمّ جعل لها قيما ، لم يكن له أن يرجع فيها» إلى آخره .

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف الحديث ٨ .

وبما في التوقيع السابق[1] فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعة قيماً عليها ، ولا يجوز لغيره ، إلا أن الثاني منهما إنّما هو في الناظر ، ضرورة كون الوقف فيه خاصاً عليه ، فلا يراد من القيم فيها إلاّ الناظر في عمارتها ، وأداء خراجها ومؤنتها وإيصال ما بقي من دخلها إليه ، وأمّا الأوّل منهما – فهو مع أنّ من الموقوف عليه ولده ، ولم يتعرض فيه لقبضهم أو للقبض عنهم ، والقيّم لا يجدي بالنسبة إليهم – ظاهر في الإكتفاء في مثل هذا الوقف بذلك ، ولا يحتاج إلى قبض ، ولا دلالة فيه على ما ذكروه من النصب المزبور قبل الوقف أو بعده .

بل لعلّ التزام ذلك أولى منه ، بدعوى أنّه لا دليل على اعتبار القبض في مثل الفرض ، لاختصاص أدلّته بما لا يشمله ، فإطلاق الأدلّة وعمومها بحاله بالنسبة إلى نفي شرطيته فيه ، وحينئذٍ فما ذكروه لا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد اعترافهم بأنّ المراد مما أطلقه المصنّف وغيره من النصب ، الحاكم ، لا ما يشمل ذلك .

﴿ ولو كان الوقف على مصلحة ﴾ كالقنطرة والمسجد ونحوهما ﴿ كفى إيقاع الوقف على اشتراط القبول ﴾ عند المصنف وجماعة ، بل في المسالك أنّ وجهه ظاهر ، لأن القبول يكون من الموقوف عليه ، وقد عرفت أنّ الموقوف عليه في مثل ذلك هو الجهة ، ولا يعقل اعتبار قبولها ، بخلاف ما لو كان الوقف على معيّن ، فإن قبوله ممكن .

وإن كان لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة كون القبول جزء من الوقف الذي قد عرفت الاجماع على أنّه من العقود ، فهو أولى من القبض الّذي هو شرط على فرض اعتباره ، وتكلّفوا حصوله بقبض الناظر والحاكم وغيرهما ، وقد مرّ تحقيق المسألة ، وقلنا الظاهر وحدة سببية الوقف ، لا أنّه عقد في المعيّن ، وإيقاع في غيره ، وقد استظهرنا كونه عقداً في الجميع ، فلا بدّ من القبول من الحاكم أو منصوبه في المفروض ، فضلاً عن سابقه .

إنّما الكلام في قول المصنّف ومن تأخر عنه هنا ، ﴿ وكان القبض إلى الناظر في تلك المصلحة ﴾ الّذي هو مبنى على اعتبار القبض في الوقف مطلقاً ، حتّى في المسالك نفي الريب عنه ، كما أنّ فيها وفي غيرها أيضاً أنّه إن كان لتلك المصلحة ناظر شرعي من قبل الواقف تولى

(١) الوسائل الباب – ٢٠– من أبواب المهور الحديث ٣ .

القبض من غير اشتراط مراجعة الحاكم ، لأنّ الناظر مقدم عليه ، فإن لم يكن لها ناظر خاص فالقبض إلى الحاكم .

وإن كان قد يناقش بأن لا دليل على اقتضاء نظارته المستفادة من عموم «المؤمنون» ثبوت ولاية له على وجه يكون قبضه لما يوقف على الصرف فيها قبضا عن الموقوف عليه ، أللهّم إلاّ أن يقال : إن مشروعية نظارته تقتضى ذلك ، أو يقال : إن الوقف إنمّا هو على المصلحة التي تحقّق ولايته عليها باشتراط النظارة فيها ، فيكون وليّاً لها بالنسبة إلى ذلك .

لكن فيه ما عرفت من أنّ الوقف في ذلك على المسلمين وإن صرف في المصلحة الخاصّة لهم ، لعدم قابليّة الجهة للوقف عليها ، وحينئذٍ فاشتراط نظارته فيها لا تقتضى الولاية على المسلمين على وجه يقوم قبضه ما يوقف لارادة تعميرها ونحوه مقام قبضهم ، فضلاً عن أن يكون هو مقدّماً على الحاكم الذي هو الوليّ العام ، ولعله لذا وغيره عبّر في الرياض عن هذا الحكم بلفظ قالوا مشعراً بعدم الاذعان به .

﴿ ولو وقف مسجداً صحّ الوقف ، ولو صلى فيه واحد﴾ بإذنه بنيّة أنّه قبض له ، بل حتّى لو كان هو الواحد ، ﴿ وكذا لو وقف مقبرة تصير وقفاً بالدفن فيها ولو واحدا﴾ كذلك لتحقّق القبض حينئذٍ بذلك ، ولعلّ دليله ما يقال : من الاجماع المستفاد من الايضاح ، وجامع المقاصد ، وإن كنّا لم نتحققّه .

نعم ذكره غير واحد من الأصحاب ذكر المسلمات ، فإن تم إجماعا والا فلا يخفى ما فيه من الاشكال ، ضرورة أنّه لا ولاية للفاعل على جميع الموقوف عليهم ، حتى يكون القبض منه بالفعل المزبور قبضا عنهم ، على أنّه لم يعتبر أحد منهم في القبض وغيرهما انتفاع القابض بالموقوف فيما وقفه عليه واقفه ، وإلاّ لا كتفى به في باقي الأوقاف العامة التي قد عرفت أنهّ لا بدّ من نصب قيّم فيها ، ودعوى الفرق بينهما – بأن الوقف فيها على الجهة ، فيكفى قبض واحد من عباد الله بخلاف غيرها من الوقف على الفقراء ونحوهم كما ترى لا تستأهل ردا ، ضرورة أن الوقف هنا على المسلمين أو أخص منهم، كما في المقبرة الخاصّة ، مع أن الفعل المزبور فرع حصول الوقف لا أنّه به يتمّ الوقف وخصوصاً في أمثال ذلك من المصالح العامة الّتي مرجعها للمسلمين بل إن أريد

حصر قبضها لمثل ذلك على وجه لا يجزي غيرها ازداد إشكالا ، لمخالفته لعموم ولاية الحاكم المقتضى للاكتفاء بحصول القبض منه ، ومن منصوبه بالإستيلاء عليه بإذن الواقف ، كغيره من الموقوفات من غير حاجة إلى صلاة أو دفن .

ولذا صرّح الفاضل في القواعد والمحقق الثاني في جامعه والشهيد الأول في دروسه ، والثاني في مسالكه بالاكتفاء به ، كما هو المحكي عن الايضاحين والتنقيح والكفاية والمفاتيح ، إلاّ أنّ الجميع ذكروا ذلك بلفظ الأقرب والأقوى ونحوهما ، مشعرين باحتمال العدم ، كما صرّح به في جامع المقاصد قال : لعدم النص ، وظاهره وجوده في الأوّل ، لكن لم نعثر عليه .

وعلى كل حال فقد قيده غير واحد بوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقق الاقباض الّذي هو شرط صحّة القبض ، وبوقوعها بنية القبض أيضاً فلو أوقعاه لا بنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قبل الإذن في الصلاة أو بعدها لا يقصد أما لذهوله عنه ، أو لغير ذلك لم يعتب ، وهو مؤكد لما قلناه هناك في القبض .

لكن في جامع المقاصد وتبعه غيره «وإنما اختص هذا الوقف بنية القبض ، ولم يشترط في مطلقه ، لأنّ المقصود هنا صرفه إلى الجهة الموقوف عليها ، وقبض بعض المستحقين كقبض الأجنبي بالنسبة إلى قبض الموقوف عليه ، فلا بدّ من نيّة صادقة له إلى الوقف ، بخلاف الوقف على معين ، فإن قبضه متحقّق لنفسه ، والمطلوب صرفه إليه وهو حاصل ، فلا حاجة إلى قصد بعينه» ومن الفرق يظهر أن القابض لو كان وكيلاً عن الموقوف عليه اعتبر قصده القبض عن الغير ، وكذا لو وقف الأب والجدّ ما بيدهما على المولّى عليه اعتبر قبضها عن الطفل ، ولا يكفي استصحاب يدهما ، لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره .

ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقاً ما في هذا الكلام ، بعد معلومية كون القبض يقع على وجوه متعددة ، فلا بدّ من تشخيصه بالقصد ، وإن كان الوقف على معين سواء كان في يده المال بعارية ونحوها أو لم يكن ، فلا يكفي فاقد القصد فضلاً عن المقصود به عدم قبض

الوقف كما هو واضح مع أنهّ قد يقال في المقام الّذي فرض دليله اطلاق الأصحاب ذلك ، الاكتفاء بذلك كيف كان ، للاطلاق المزبور ، أللهمّ إلاّ أن يقال : بانسياق المقصود من القبض منه دون الأعم ، ومثله آت في الوقف على المعيّن مع فرض وجود اطلاق يقتضي الاكتفاء به ، والا فقد عرفت أن ظاهر الأدلة القبض المقصود به قبض وقف كما عرفت الكلام فيه مفصلاً ، وكذا المنساق بعد انحصار الدليل في الاطلاق المزبور الوقوع على الوجه الشرعى ، وكون المدفون من جملة الموقوف عليهم ، كالمسلم فيما يوقف على المسلمين ، وفي حكمه من يتبعه من طفل أو مجنون ، بل والمسبي في وجه قوى كما صرّح بذلك كلّه بعضهم ، وإن كان لا يخلو من نظر في بعض الأفراد الّتي يمكن دعوى تحقق صدق القبض فيها كالدفن الّذي لم يمنع الرائحة مثلاً .

﴿ ولو صرف الناس في الصلاة في المسجد أو فى الدفن ولم يتلفظ بـ﴾ صيغة ﴿ الوقف ، لم يخرج عن ملكه﴾ بلا خلاف أجده فيه هنا ﴿ وكذا لو تلفظ بالعقد ولم يقبّضه﴾ بل في المسالك هذا موضع وفاق ، وإنما نبه به على خلاف أبي حنيفة حيث جعل الوقف متحققا بالاذن مع الصلاة وبالدفن كذلك محتجا بالعرف ، وقياساً على تقديم الطعام للضيف ، والعرف ممنوع ، والفرق ظاهر .

قلت : لكن قد ذكرنا في أحكام المساجد أنه قال في المبسوط : «اذا بنى مسجداً خارج داره في ملكه ، فإن نوى به أن يكون مسجدا يصلى فيه كلّ من أراده ، زال ملكه ، وإن لم ينو ذلك فملكه باق عليه ، سواء صلى فيه أو لم يصلِّ » وقال في الذكرى ، : «ظاهره الاكتفاء بالنية ، وليس فى كلامه دلالة على التلفظ ، ولعلّه الأقرب » ونحوه في الدروس ومحكي مجمع البرهان وقلنا هناك ، إنّ دليلهم دعوى السيرة من المسلمين على ذلك ، وهي ممنوعة ، وعن جامع المقاصد أن في النفس من ذلك شيئاً ، لأنّ الحال فيه كالحال في غيره من العقود مثل النكاح .

قلت : هو حينئذٍ كالنكاح من العقود الخاصّة ممّا شرعت المعاطاة فيه بالسيرة القطعية عند القائل بها كما نقحناه في محلّه الا أنها لما كانت مفقودة في مثل المساجد ونحوهما فضلاً عن غيره من

الأوقات الخاصة قلنا : أنّه كالنكاح لا يجرى فيه إلاّ العقد ، ولا تشرع فيه المعاطاة وإن حكى عن بعض المعاصرين المتأخرين توهم ذلك ، إلاّ أنّه كما ترى .

﴿ النظر الثالث : فى اللواحق ﴾

﴿ وفيه مسائل : الأولى : الوقف ﴾ اذا تم زال عن ملك الواقف عند الأكثر ، بل عن المشهور بل في محكي الغنية والسرائر الاجماع عليه ، وهو الحجّة على ما تفرد به أبو الصلاح في ظاهر المحكي من كافيه من البقاء على ملك الواقف ، مضافاً إلى امكان دعوى القطع به من النصوص الّتي ستسمع بعضها في اثبات انتقاله إلى الموقوف عليه ومضافاً إلى دعوى كون ذلك هو المراد من انشائه الّذي شرّع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقي العقود ، وإن جعل لها شرائط صحّة ولزوم ، خصوصاً بعد ملاحظة كونه قسماً من الصدقات .

وقوله عليه السلام [1] «حبّس الأصل وسبّل الثمرة » لا دلالة فيه على ما ينافي ذلك ، ضرورة إمكان إرادة بقاء الأصل محبوساً ولو على ملك الموقوف عليه ، بحيث لا يباع ولا يوهب ولا يورث إذ الحبس فيه مقابل تسبيل الثمرة ، لا الحبس الذي هو العقد المقتضى بقاء ملك العين للمالك ، إذ هو قسيم الوقف ، لا نفسه ، وجواز ادخال من يريد فيه – مع صغر الأولاد وإن لم يشترط – قد عرفت منعه عندنا ، مع أنه لا يدّل على ذلك ، ضرورة إمكان كونه لدليل شرعي ، وهو النصوص السابقة ، وإلاّ فلا اشكال في كون الثمرة للموقوف عليه فتكفى حينئذٍ في المنع عن التشريك المزبور كما هو واضح ، فما عن بعض العامة – من بقائه على ملك الواقف لذلك وللأصل المقطوع بما عرفت واضح الفساد .

بل الأقوى ما أطلقه المصنّف من أنّه ﴿ ينتقل الى ملك الموقوف عليه ﴾ كما عن المبسوط وفقه القرآن والغنية والسرائر والتذكرة والارشاد وشرحه لولده وجامع الشرايع والتحرير والمختلف ، سواء كان على معين أو غير معين أو جهة عامة حتّى المسجد والمقبرة الّتي

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١١ .

وقف على المسلمين مثلاً ، بل في المسالك نسبة ما في المتن إلى الأكثر وعن غيرها إلى المشهور ﴿ لأن فائدة الملك﴾ باستحقاق النماء والضمان بالتلف ونحوهما ﴿ موجودة فيه﴾

ونقض ذلك بضمان بواري المسجد وآلاته مع أنّها ليست مالاً – يدفعه منع عدم كونها مالاً ، وإلا لم تضمن ، ضرورة اقتضاء اعتبار المالية في الضمان المستفاد من قوله عليه‌السلام [(١)] «من أتلف مال غيره » ونحوه فيتعين حينئذٍ ضمانها للمسلمين الّذين هم الموقوف عليهم ، كباقي أموالهم من أرض الخراج وغيره ، لعلوّ رتبة ملك السموات والأرض عن التشبيه ، بملك الآدميين ، وما كان ذلك فهو لوليّه ، كما في الانفال ، ومن المعلوم عدم كون المقام منها .

وعلى كل حال فلا محيص عن القول بالملك للموقوف عليه . ﴿ والمنع من البيع لا ينافيه كما في أمّ الولد و﴾ غيره مع أنّه ﴿ قد يصحّ بيعه على وجه﴾ من الوجوه عند كثير من الأصحاب ، ولما سمعته سابقاً من أنّ كلّ وقف لا بدّ له من موقوف عليه ، بل هو من أركانه ، وأنّ الوقف على الجهات في الحقيقة على المسلمين ، والمراد بالموقوف عليه هو الّذي يتصدّق عليه بعين الموقوف ومنفعته ، كما هو صريح ما ورد عنهم عليهم‌السلام في صدقاتهم .

ففي صدقة الكاظم عليه‌السلام [(٢)] هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليه‌السلام تصدق بأرضه ، بمكان كذا وكذا وحدّ الأرض كذا وكذا كلّها ونخلها وأرضها وبياضها ومائها وأرجائها وحقوقها وشربها من الماء وكلّ حق قليل أو كثير هو لها في مرفّع أو مظهر أو مفيض أو مرفق أو ساحة أو شعبة أو مشعب أو مسيل أو عامر أو غامر ، تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال أو النساء » إلى آخره .

بل هو المستفاد من قول أمير المؤمنين عليه‌السلام لما جاءته البشير بعين ينبع [(٣)] فقال : بشّر الوارث هي صدقة بتّا بتلا في حجيج بيت الله تعالى وعابر سبيل الله لا تباع ولا توهب ولا تورث فمن

---

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .
(٢) الوسائل الباب – ١٠ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ٥ . مع اختلاف يسير .
(٣) الوسائل الباب – ٦– من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ٢ .

باعها أو وهبها فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً » فإنّ المراد بالوارث الموقوف عليه كما أن المراد من قوله عليه‌السلام « بتّة بتلاء » بائنة منقطعة عن صاحبها ، بل لعل قوله لا تباع ولا توهب يومىء إلى إرادة الصدقة بها عينا ومنفعة على الموقوف عليه ، إلاّ أنّ الصدقة بالعين ليس على حدّ غيرها من الصدقة الّتي تباع وتوهب بل هي له على إرادة ملك نحلتها مثلاً ملكاً مطلقاً ، على أنّه لا إشكال في أنّ أمثال هذه العيون والبساتين والدور والعبيد أموال تضمن بالتلف ، وليس في الشرع مال بلا مالك . والفرض خروج الواقف بوقفه عنه ، فليس إلاّ الموقوف عليه الّذي قصد التصدق به عليه ، ومقتضى شرعية ذلك ترتب ما قصده عليه لا غيره ، على أن ربّ العزة تعالى عن شبه ملك الآدميـين ، وإنّما هو مالك السموات والأرضين وما نحن فيه من الملك المالي المختص بـالآدمـيّين ، وملكه بالمعنى المزبور إنّما هو لوليّه كما في النصّ ، والتزام ذلك هنا معلوم الفساد ، ضرورة عدم كون العين الموقوفة من الانفال الّتي هي للإمام (عليه‌السلام) بحق الإمامة . كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام كما هو واضح .

وبذلك كله ظهر لك وجه الدليل في المسألة ، لا ما يذكر في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما مما هو واضح الضعف ، ومن الغريب مع اعتراف بعضهم بضعف ما ذكروه دليلاً قال : الأقوى الانتقال إليه ، لكنّه إنّما يتمّ في الموقوف عليه المعين ، أما لو كان على جهة عامّة أو مسجد ونحوه فالأقوى أنّ الملك فيه لله تعالى شأنه ، لتساوى نسبة كلّ واحد من المستحقين إليه واستحالة ملك كلّ واحد أو واحد معين أو غير معين ، للاجماع واستحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع ، لاختصاص الحاضر به .

وكأنّه تبع بذلك الفاضل في قواعده حيث أنّه بعد أن جزم بزوال الوقف عن مالكه قال : «ثمّ إن كان مسجداً فهو فك ملك ، كالتحرير ، وإن كان على معيّن فالأقرب أنّه يملكه ، وإن كان على جهة عامة فالأقرب أنّ الملك لله تعالى » وإن كان مخالفاً له في المسجد ونحوه .

وفيه أوّلا : مضافاً إلى ما عرفت امكان دعوى الاجماع منا على الانتقال إلى الموقوف عليه ، خصوصاً في المعين ، وإن أرسل في محكي المبسوط والسرائر قولاً بالانتقال إلى الله تعالى إلاّ أنّ

الظاهر كونه للعامة كما لا يخفى على المتتبع ، بل قيل : ظاهر التذكرة أو صريحها أنّ الخلاف بين الخاصة والعامة ب في أنّه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو الى الله سبحانه وتعالى – إنّما هو فيما إذا وقف على معين أو جهة عامة .

وثانياً : امكان دعوى القطع باتحاد كيفية سببيّة الوقف ، وأن مقتضاه مقتضى واحد سواء كان متعلقه عاماً أو خاصاً ولا اشكال في اقتضائه الانتقال إلى المعين ، فيثبت في غيره أيضاً مطلقاً ، إذ كل وقف لا بدّ له من موقوف عليه كما عرفته في محله .

وثالثاً : قد ذكرنا غير مرّة أن نسبة الملك إلى الكلي كنسبة المملوكية له ثابتة في الشرع ، ولا محيص عن القول بها في مثل الزكاة والخمس والأرض المفتوحة عنوة والوصية والنذور ؟ وغيرها ، فما ندرى ما السبب الذى دعاهم إلى هذه التكلفات والتجشمات الّتي لا توافق قواعد الفقه ، خصوصاً بعد احتماله في الدروس أن الملك في المسجد فضلا عن غيره للمسلمين ، ضرورة اقتضاء ذلك عدم امتناعه ، فيجب أن يكون هو مقتضى العقد الّذي قد قصد به الصدقة بالعين والمنفعة عليهم ، لكن على الوجه الّذي اعتبره الواقف «فإن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » بالنسبة إلى ذلك .

ولعله لذا أطلق المصنف والمعظم أن الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه لمعلومية عدم خلوّ وقف عن موقوف عليه ، إمّا عامّ ، وإمّا خاصّ حتّى الوقف على الجهات ، بل لعلّ ما تقدم من الفاضل من جواز وقف البقرة للحرث مثلاً خاصة ، على معنى بقاء غيره من المنافع على ملك المالك أيضاً كذلك فتكون عين البقرة ومنفعتها الخاصّة للموقوف عليه ، وإن بقى غيرها من المنافع على ملك الواقف كما لو استثنى بعض المنافع من تسبيل الوقف ، فتأمل جيداً في ذلك بل وفي غيره من الوقف المنقطع بناء على المختار عندنا من أنّه قسم من الوقف لا أنّه حبس ، فتتّجه حينئذٍ ما ذكرناه في الوقف المؤبد ، والله العالم .

وبذلك كله يظهر لك النظر فيما في جملة من كتب الأصحاب كالدروس والا المقاصد وغيرها ، فتأمل جيدا .

﴿ فلو وقف﴾ عبده أو ﴿ حصة من عبد﴾ مشترك بينه وبين غيره مثلاً ﴿ ثمّ اعتقه لم يصحّ العتق﴾ قطعاً ﴿ لخروجه عن ملكه﴾ عندنا «ولا عتق في ملك[1] » بل وعن القول ببقائه له ، لمنافاته ما سبق من الوقف المقتضي حبس العين على وجه لا تتغير عيناً ولا منفعة عما وقعت عليه بسبب قهري كالارث فضلاً عن الاختياري من بيع ونحوه ، وفسخه بالشفعة إنّما هو لسبق تعلقها بالعين قبل حصوله ، فكأنه صار وقفاً مستحقاً في عينه الشفقة وليس كذلك الخيار المتعلق بالعقد دون العين كما أوضحناه في محلّه .

وعلى كلّ حال ظاهر أدلة مشروعيته عدم تغيّره بسبب من الأسباب إلاّ ما خرج ﴿ و﴾ من هنا ﴿ لو اعتقه الموقوف عليه﴾ الّذي قد عرفت أنّه المالك عندنا ﴿ لم يصحّ أيضاً﴾ لما سمعت ، و ﴿ لتعلق حق البطون به﴾ حيث يكون مؤبداً عليهم مثلاً ، بل ﴿ و﴾ كذا الحال فيما ﴿ لو اعتقه الشريك﴾ وإن ﴿ مضى العقد في حصّته و﴾ لكن ﴿ لم يقوم عليه﴾ في الحصّة الّتي هي الوقف ، لما عرفت من اقتضاء الوقف بقاءها و ﴿ لـ﴾ كن في المتن تعليلة بـ ﴿ أن العتق لا ينفذ فيه مباشرة فأولى أن لا ينفذ سراية﴾ لأنّ العتق مباشرة أقوى من العتق بالسراية ، لأنّه يؤثر ازالة الرق بلا واسطة ، وهي إنّما تؤثر فيه بالواسطة ، ولأنّها من خواص عتق المباشرة وتوابعه ، فإذا لم يؤثر الأقوى المتبوع وذو الخاصة فالأضعف والتابع أولى فاتّجه له أن يقول .

﴿ ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم انفكاكه من الرقّ ويفرق بين العتق مباشرة وبينه سراية﴾ لفقدان الشرط الأوّل لـ ﴿ أن العتق مباشرة يتوقف على انحصار الملك في المباشر أو فيه وفي شريكه﴾ وهو هنا مفقود لتعلق حق البطون ﴿ وليس كذلك افتكاكه فإنّه﴾ لا يشترط فيه ذلك إذ هو ﴿ ازالة للرقّ شرعاً﴾ بطريق القهر لقوله عليه‌السلام[2] «من أعتق شقصا من عبد وله مال قوّم عليه الباقي » وحينئذٍ ﴿ فيسرى في

---

(١) الوسائل الباب – ٥ – من أبواب العتق .

(٢) الوسائل الباب–٤١ – من أبواب العتق الحديث – ٨ .

باقية ، ويضمن الشريك القيمة ، لأنّه يجري مجرى الإتلاف﴾ الموجب لذلك .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ بل منع بعد ما عرفت من أنّ الدليل ظهور أدلة الوقف في بقاء العين على وجه لا يؤثر في تغييرها عنه السبب الاختيارى بعوض ودونه كالهبة والبيع ، ولا القهري كالإرث .

بل لعلّ ما في النصوص من أنّه لا تباع ولا توهب ولا تورث يشير إلى ذلك ، وحينئذٍ فلا يعارضه أدلة الأسباب الاخر من غير فرق بين دليل السراية وغيره — مع عدم[1] (تمامها) في المنقطع بناء على المختار من كونه قسماً من الوقف حقيقة لا حبساً وليس مبنى المنع شركة البطون الّتى لاحظها المصنف في الفرق بين العتق مباشرة وسراية .

على أنّه قيل : من شرط السراية ، أن تستلزم الانتقال إلى ملك المعتق وهو مفقود في المقام فلا ريب في عدم نفوذ العتق فيه مباشرة ولا سراية وفاقاً للمشهور ، بل في المسالك كاد أن يكون اجماعاً بل لم أجدَ قائلاً بخلافه .

ثم إن ظاهر المتن اختصاص جريان الاحتمال المزبور على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم ، دون القول ببقائه على ملك الواقف أو انتقاله إلى الله تعالى شأنه ، بل هو صريح الدروس حيث قال : «إنّ الوجهين مبنيان على المالك ، فإن قلنا : هو الله تعالى أو الواقف فلا سراية ، وإن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السراية » .

وفي غاية المراد «أنّ احتمال التقويم على تقدير القول بالانتقال إلى الله تعالى ويقوى على تقدير القول بانتقاله الى الموقوف عليهم » ولم يتعرض لحكمه على القول ببقائه على ملك الواقف ، وربما وجه بأن انتقاله إلى الله سبحانه في معنى التحرير فلا وجه للسراية فيه ، إلاّ أنّه كما ترى ، ضرورة إرادة قطع سلطنة الآدميّن عنه ، وإلاّ فهو كملكهم ولذا يباع في بعض الوجوه ، وحينئذٍ فلا مانع من نفوذ العتق فيه مع الدليل ، كما أنّ توجيه عدم السراية فيه — على القول ببقائه على ملك الواقف ، بأنّه ليس ملكاً محضاً له لملك البطون منفعته بالوقف ، ومن شرط السراية محضية الملك — واضح المناقشة بأنّ دليلها عامّ .

---

(١) هكذا في النسخ والظاهر «تماميتها» .

ومن هـنـا قـال في المسـالك : «الحق أنّ الإحتمال قـائم على الجمـيـع ، لأنّ عـمـوم خبر السراية شامل للجميع ، والمنع مباشرة لعارض موجود كذلك ، وقد قررناه سابقاً ، والفرق بين ملك الواقف والموقوف عليه ضعيف جداً ، فإن كلا منهما ، ممنوع من التصرّف ، أما لحق الموقوف عليه مطلقاً ، أو لباقي البطون ، أو لعموم اقتضاء الوقف تحبيس الأصل عن مثل هذا التصرف .

قلت : ودعوى أنّها على خلاف القواعد فيقتصر فيها على المتيقن ، وهو غير الملك المفروض تقتضي عدم جريانها حتى إذا كان الملك للموقوف عليهم كما هو واضح ، والامر سهل بعد معلومية الحال .

المسألة ﴿ الثانية : إذا وقف مملوكاً ﴾ ففي محكي المبسوط ﴿ كانت نفقته في كسبه شرط ذلك أو لم يشترط ﴾ وإن قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه ، لأنّ نفقته من شروط بقائه كعمارة العقار ، وهي مقدّمة من غلّته على حق الموقوف عليه ، ولأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، وهو موقوف على بقاء عينه ﴿ و ﴾ إنّما تبقى بالنفقة فيصير كأنّه شرطها من كسبه .

نعم ﴿ لو عجز عن الاكتساب ﴾ بما لا ينعتق به ، كانت نفقته على الموقوف عليهم وفيه أن الكسب أحد أموال المولى الّذي هو الموقوف عليه ولا دليل على اختصاص الانفاق الواجب عليه من المال المزبور ، وكذا العقار الاّ مع الشرط المفروض عدمه .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو قيل في المسألتين كذلك ﴾ أى أنّها عليهم بناء على الانتقال إليهم ﴿ كان أشبه ﴾ بالأدلة ﴿ لأنـ ﴾ ها مطلقة في أنّ ﴿ نفقة المملوك تلزم المالك ﴾ من غير فرق بين الموقوف عليه وغيره ، وبين كسبه وغيره ، ومن هنا اختاره جميع من تأخّر عن المصنّف .

نعم قيّده جماعة بما إذا كانوا معينين ، وإلاّ كانت في كسبه ، إن كان ذا كسب ، قال بعضهم : وإلاّ ففي بيت المال ، فإن لم يكن بيت مال وجبت كفاية كغيرها من المحتاجين ، بل في الدروس هي في كسبه أيضاً ، وان كان لمعينين إن قلنا بأنّ الملك لله تعالى ، فإن تعذر فعلى الموقوف

عليهم ، وبناه في المسالك على أن نفقة الأجير الخاص والموصى بخدمته على مستحق المنافع أم لا ، فإن جعلناها عليه فهي على الموقوف عليهم أيضاً ، وإلاّ ففي كسبه ، فإن تعذر ففي بيت المال ، ويحتمل كونها في بيت المال مطلقاً ، ثمّ قال : «وعلى القول بكونه للواقف ، فالنفقة على الموقوف عليه على الأول وعلى الواقف على الثاني ، فإن تعذر لإعسار أو غيره ففي كسبه ، فإن قصر ففي بيت المال ويحتمل تقديم كسبه ، وتقديم بيت المال» وعن الإيضاح وظاهر الدروس أو صريحها أنّها في كسبه ، وعن ظاهر التذكرة في بيت المال .

ولكن لا يخفى عليك أن مقتضى اطلاق دليل لزوم النفقة للمالك عدم الفرق بين كونه معيناً أو غير معين ، مع فرض وجود مال للأخير كما لو فرض أنّه للفقراء . ولهم مال زكاة أو غيرها ، فلا يتعيّن كونه في كسبه ، وكذا لو قلنا : أنه لله تعالى شأنه كانت نفقته على غيره من أموال الله تعالى إن كانت ، والاّ وجب على بيت المال ، أو على الناس كفاية كغيره من المحتاجين ، وبناء على أنّه للواقف تكون النفقة عليه ، فإنه تعذّر كان فى بيت المال ، وإلاّ وجب على الناس كفاية ، لأنّ المولى هو ، لا مالك المنفعة ، فالنفقة عليه ، وكذا نفقة الأجير والموصى بخدمته إن لم يفهم الاشتراط ، أو يكون متعارفاً ينزل عليه العقد ، وكذا الكلام في مؤنة تجهيزه بعد موته ، وأما عمارة العقار مع عدم الشرط فلا يتعيّن كونها من غلته ، بل لهم بذلها من غيره .

نعم مع عدمه أخذت عمارته منها ، لمعلومية إرادة بقاء العين ، فإذا قصرت لم تجب على أحد ، بخلاف الحيوان الّذي يجب حفظ حياته لمكان النفس المحترمة ، وربما تسمع في النفقات ماله دخل في المقام .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو صار مقعداً ﴾ مثلاً ﴿ انعتق عندنا فتسقط ﴾ حينئذٍ ﴿ عنه الخدمة وعن مولاه نفقته ﴾ لصيرورته حراً فيجرى عليه حينئذٍ حكم الأحرار وكأنه لا خلاف في ذلك بيننا ، ولولاه لأمكن الاشكال في تأثير نحو هذه الأسباب العتق لنحو ما سمعته في السراية ، أللّهمّ إلاّ أن يدعى قوّة دليلها على أدلة الوقف ولو لهذا التسالم .

المسألة ﴿ الثالثة : لو جنى العبد الموقوف عمداً ، لزمه القصاص ﴾ بلا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه لعموم أدلّته على وجه لا تصلح أدلة الوقف لمعارضتها ﴿ فإن كانت

دون النفس بقي الباقي وقفاً ﴿ للأصل ، ﴿ وإن كانت نفساً اقتص منه ، وبطل الوقف ﴾ حينئذٍ بانتفاء موضوعه ؛ ﴿ وليس للمجنى عليه استرقاقه ﴾ هنا كما هو ظاهر الأكثر ، وإن جاز في غيره ، لما فيه من إبطال الوقف الذي قد عرفت اقتضاء الصحيح منه بقاء العين على حالها حتى يرثها وارث السموات والأرض .

لكن في جامع المقاصد والمسالك أنّ له ذلك ، لأولويته من استحقاق الإبطال بالقتل بعد مطلوبية العفو شرعا ، بل فيه جمع بين ذلك ، وبين حقّ المجنى عليه ، والتأييد في الوقف إنّما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه ، وهو موجود هنا في القتل الذي هو أقوى من الاسترقاق ، وهو كما ترى بعد القطع بعدم الأولوية المزبورة ، وحرمة القياس عندنا والتخيير الثابت للمجنى عليه إنّما هو في غير الفرض المعتذر فيه أحد الفردين ، لظهور قوة أدلة الوقف على ذلك من وجوه بالنسبة إليه ، دون القصاص الذي لا مدخلية له في تغيير الوقف المستفاد منعه من الأدلّة الظاهرة في إرادة نقله عما هو عليه بالنسب الإختياري أو القهري ، لا نحو ذلك الّذي هو من قبيل حدّه بالارتداد ونحوه ، ولذا يتعيّن حينئذٍ القصاص دونه .

﴿ وإن كانت الجناية خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه ﴾ وإن كان ذا كسب ، كما عن الشيخ وجماعة ، بناء على الانتقال إليهم ﴿ لتعذر استيفائها من رقبته ﴾ الموقوفة ، لاقتضاء ذلك بطلان الوقف في الكل والبعض فيتعيّن عليه الفرد الآخر من التخيير ، وهو الفداء كما تعين القصاص من الفردين في الأوّل .

﴿ و ﴾ قيل : كما عن الشيخ أيضا ﴿ يتعلق ﴾ المال ﴿ بكسبه ، لأنّ المولى لا يعقل عبده ولا يجوز اهدار الجناية ، ولا طريق إلى عتقه فيتوقع ﴾ فيتعيّن ذلك جمعا بين الحقين ﴿ وهو ﴾ هنا ﴿ أشبه ﴾ عند المصنّف وفاقاً للقواعد وغيرها ، بل عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه ، وفيه أن كسبه أحد أموال المولى ، فالتأدية منه يقتضي عقل المولى له ، ولادليل على اختصاص هذا المال من أمواله على أنّه لا يتمّ في غير الكسوب .

ومن هنا قال في المسالك : «يتّجه حينئذٍ تعلّق حق الجناية برقبته ، إذا لم يكن كسوبا ، فيجوز بيعه كما يقتل في العمد ، بل هو أدنى منه » .

وفيه أنّ ذلك يقتضي ترجيح أدلة الجناية على أدلة الوقف ، وحينئذٍ يتّجه تعلّقها من أوّل

الأمر برقبته ، إلاّ أن يفديه المولى ، كما احتمله الفاضل في المحكي من المختلف ، ولعلّه لا يخلو من قوة ، وإلاّ كان المتّجه سقوط حق الجناية عن المولى مطلقاً حتى في كسب العبد الّذي هو أحد أمواله ، لأنه لا يعقل عبده ، فينتظر حينئذٍ انعتاقه القهري أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحرّ المعسر.

وبالجملة فالمتعيّن في المسألة أحد الاحتمالين ، وإن كان الأوّل أقواهما ، لا التعلّق بمال المولى مطلقاً ، ولا خصوص كسبه ، فإن لم يكن كسوباً فبرقبته ، اذ لا يخفى عليك خروجها عن قواعد الفقه ، ولا ينافي ذلك ما ذكرناه في مسألة العمد الّذي تعيّن حق الجناية ، وعدم بطلان دم المسلم بالقصاص ، بخلافه هنا ، فإنّه مع عدم التعلق برقبته الّذي هو مقتضى دليل الجناية يقتضي بطلان دم المسلم مرجوجية حقّ الجناية بالنسبة إلى حق الوقف ، والمعلوم خلافه فتأمل جيدا ، فإنّه دقيق نافع والله العالم.

هذا كلّه على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم ، أما لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى ففي القواعد وغيرها تعلق بكسبه ، بل في المسالك «هو كذلك قطعا – لكن قال متّصلاً بذلك – ويحتمل تعلقها بمال الواقف ببيت المال ، بل في القواعد وكذا إن كان على المساكين أو على المعسر أى في التعلق بالكسب.

ولكن لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرنا أنّه لا فرق بين الجميع فيما سمعته من الإحتمالين وأقواهما.

﴿ أما لو جنى عليه فإن أوجبت الجناية أرشا ﴾ لكونها خطأً أو كان الجاني حرّا ﴿ فللموجودين من الموقوف عليهم ﴾ دون غيرهم كما في محكي السرائر والتبصرة ، واحتمله في القواعد وقواه في محكي المبسوط والايضاح لكونه حينئذٍ شبه المنفعة المختصة بهم ، إن لم يكن منها ، فلا استحقاق لغيرهم من البطون الّذين يتوقّف استحقاقهم على وجودهم المفروض عدمه ، وعلى وجود العين الموقوفة.

﴿ وإن كانت نفساً توجب القصاص فإليهم ﴾ بناء على أنهم المالكون ، بل ربما احتمل ذلك حتى على القول بكون المالك هو الله تعالى شأنه ، من حيث استحقاقهم المنفعة ،

ولاحتمال مصالحة القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقا أو وقفاً ، وان كان هو كما ترى ، بل المتّجه أنهّ للحاكم ، وإلاّ لاقتضى كون ذلك إليهم وإن كان المالك الواقف وإن لم أجد من احتمله ، ضرورة منافاته ما دلّ على كون ذلك للمولى الّذي هو مالك الرقبة قطعا لا المنفعة .

﴿ وإن أوجبت دية أخذت من الجاني ﴾ قطعاً ﴿ وهل يقام بها مقامه ؟ قيل : نعم﴾ واختاره في المسالك ﴿ لأن الدية عوض رقبته وهي ﴾ ليست ﴿ ملكاً تاماً للموجودين ، ﴿ لـ ﴾ تعلق حق ﴿ لبطون ﴾ بها ، ولو بالقوّة القريبة باعتبار حصول سبب الملك ، ومقدّماته حينئذٍ فيلحق القيمة حينئذٍ حكم العين ، ولا يكون ذلك الا بشراء مثلها ووقفها ، ولأنّ الوقف تابع لبقاء المالية ، ولهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيع ما يكون وقفا ، ولأن حق الوقف أولى من نحو حق الرهن الذى يتعلق بالقيمة .

﴿ وقيل : لا ، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم ﴾ لعين ما سمعته في الارش ضرورة أنّها عوض المنافع في الحقيقة ، لعدم قيمة للعين مسلوبة منها ، فكان المنافع أجمع وجدت دفعة لا تدريجاً كي يستحقها البطون بتدرّجهم .

﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، ﴿ لأنّ الوقف ﴾ تعلّق بالعين الذى فرض تقلها ، المقتضى لبطلان الوقف وانقطاع حقّ البطون ، و ﴿ لم يتناول القيمة﴾ والاّ لاقتضى صيرورتها نفسها وقفا ، والشراء بها عبداً مماثلاً بالذكورة أوالأنوثة أو شقصاً فيكون وقفا أو بصيغة جديدة من الموقوف عليهم ، أو من الحاكم الّذي هو وليّ البطون فيتولّى الشراء والوقف مع التمكن منه أو منصوبه والا فعدول المؤمنين حسبه أحكام شرعية،تحتاج إلى دليل ، ولا تكفى فيها البدلية المعنوية وأسبق إلى الذهن ذلك لكنّه من الاستحسان الفاسد عندنا ، مع عدم الدليل المعتبر على أنّ وقف العين المشتراة بالقيمة على الموجودين مع فرض كونها ملكهم ، مناف لوجوب اخراج الواقف نفسه عن الوقف ، سواء كانوا هم الواقفين أو الحاكم اذ لا نيابة عن الواقف الأصلي الذى قد فرض خروجه عن العين بوقفه ، وأضعف من ذلك دعوى مساواة الأرش للدية في ذلك كله ، خصوصاً في أرش الصفة ونحوها ، على أنّه حيث يكون المستحق القصاص فالدية عوض عن نفس الجاني المستحق ازهاقها ، لا نفس المجني عليه

التي كانت وقفاً ، والفرض عدم القول بالفصل ، بل هي على كلّ حال من الإبدال الشرعية عن النفس ، بمعنى ترتب حكم شرعي بالسبب المزبور ، لا البدلية المقتضية للحقوق أحكام المبدل منه ، بل اللازم على ما ذكروه أنّه مع تعذر العين المماثلة والشقص يتّجه شراء مال آخر ووقفه .

بل يشكل الحال في أرش – مثلاً – لا يقابل مالاً تنتفع به البطون الّذي مدار هذه الاحكام على مراعاة حقّهم ، ولعل احتمال كون الدية هنا للواقف – باعتبار بطلان الوقف الّذي من أركانه بقاء العين والانتفاع بها ، فيكون من قبيل الوقف المنقطع ، ولو بانقطاع بقاء العين – أو لبيت المال لتزاحم الامارات فيها ، أولى ممّا ذكروه .

وكيف كان فقد ظهر لك النظر في المباحث المذكورة في المسالك وغيرها الّتي منها – هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الدية ؟ يبني على أن البطون اللاحقة هل تشارك فيه ، أم لا ، فعلى الأول ليس لهم العفو ، وعلى الثاني لهم ، لانحصار الحق فيهم ، وعلى تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثاني أن يستوفى لوجود سبب الاستحقاق من حين الجناية ، وإن لم يثبت بالفعل ، مع احتمال العدم لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو ، وعلى تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كالأوّل لو كانت الجناية توجبه ، أو تختص بالدية وجهان ، من مساواته للأول في الاستحقاق ، ومن تغليب جانب العفو بحصوله من الأول ، والأقوى الأول ، وكأنه أخذ بعض ذلك ممّا في القواعد من أنّه لو جنى عليه بما يوجب القصاص ، فإن اقتصّ الموقوف عليهم استوفى ، وإن عفى فهل لمن بعده من البطون الاستيفاء الاقرب ذلك إن لم يكن نفساً .

وفيه أنّه مناف لما ذكروه أجمع بلا اشكال ولا تردد ، من أنّ للموقوف عليهم الموجودين استيفاء القصاص ، بناء على انتقال العين إليهم بلا غرامة منهم للبطون اللاحقة ، وعلى تقدير أنها لله تعالى – يتولاه الحاكم – أو للواقف يتولاّه هو ، ويحتمل على ضعف الموقوف عليهم فيهما كما تقدم سابقا – ضرورة أنّه لا يتّجه استيفاؤهم له ، مع فرض مشاركة البطون اللاّحقة لهم فيه ، كما أن المتّجه مع فرض أنّ ذلك لهم جواز عفوهم عنهم لمعلومية تخيير ذي الحق بين استيفائه

وبين العفو عنه ، وليس للبطون الآتية القصاص حينئذٍ لعدم حق لهم فيه ، وإن لوحظ قاعدة استيفاء حق القصاص للمشتركين أنّه إن عفى أحدهم دون الآخر ، كان له القصاص مع غرامة ما يخص من عفى من الدية ، فيتّجه حينئذٍ بناء على الاشتراك هنا غرامة من يقتص منهم الدية تماماً للآخرين لعدم معلوميّة التوزيع هنا ، مع عدم انحصار الموقوف عليهم ، ودعوى – أن ذلك يوجب عدم الغرامة – ليس بأولى من دعوى عدم جواز القصاص مع العفو عن بعضهم .

كلّ ذلك مضافاً إلى ما في القواعد من إشكال الفرق بين الطرف والنفس ، وإن كان قد يوجه باقتضاء الجناية على النفس بطلان الوقف ، فلا حق حينئذٍ للبطون ، بخلاف الاطراف ، فإن حق الوقف باق ببقاء محله ، لكنّه كما ترى ، ضرورة اقتضاء ذلك اختصاص الواقف بالدية في الجناية على النفس خطأ لبطلان الوقف ، بل مقتضاه أنّ ولاية القصاص له ، وإن قلنا بالانتقال إليهم لانتقال ملكهم الوقفي بتلف ملك العين المفروض كونه من مبطلات الوقف نحو الانقطاع بموت الموقوف عليهم ، وفرق واضح بين انتهاء الوقف ، وبين بطلانه هذا .

وعن الايضاح أنّه حكى قولا بأن البطون يستوفون الدية لتغليب العفو وقال أنّه الاصحّ ، وعن الكركي إن فيه قوة .

وفيه إن العفو مع صحّته على مال أو مطلقاً يقتضي السقوط مطلقاً ، وإلاّ فلا يؤثر شيئاً ، وجميع هذه الاحتمالات والتهجسات نشأت من احتمال بقاء أثر عقد الوقف مع تلف العين بنحو ذلك ، فينتقل أثره إلى ما أوجبه الاتلاف المزبور ، ولو القصاص ، إلاّ أنه هو كما ترى ، وإنّما المتّجه اختصاص الموقوف عليهم ، بناء على الانتقال إليهم بذلك قصاصاً أو دية أو أرشا ، أو بطلان الوقف ورجوع ذلك إلى الواقف ، أو يرجع أمره إلى والي المسلمين ، لعدم معرفة حاله ، ولعلها مترتبة بالقوّة والضعف ، وإن لم أجد المصرح بالاخيرين .

ولا يخفى عليك بعد ذلك كلّه الحال فيما لو كان الجاني عبد واسترق كله أو بعضه بجنايته ، فهل يختص به الموجودون أو يكون وقفا ، إذ هو على البحث السابق ، وكذا لو اتفق هو ومولاه على الفداء ، فهل يختصون به أيضاً ، أو يشتري به عبداً أو شقصاً أو مالاً آخر يكون وقفاً ؟

المسألة ﴿ الرابعة : إذا وقف في سبيل الله انصرفِ إلى ﴾ جميع ﴿ ما يكون وصلة ﴾ وطريقاً ﴿ إلى الثواب ، كالغزاة والحج والعمرة وبناء القناطر والمساجد ﴾ ونفع المحاويج ونحو ذلك ممّا هو طريق إلى ثوابه ورضوانه ، كما هو المعروف بين الأصحاب ، بل عن ابني زهرة وادريس في بحث الوصية الاجماع عليه ، وهو الحجّة مضافاً إلى الفهم عرفاً ، وإلى الخبر المروى عن تفسير علي بن ابراهيم[1] على ما تقدّم مفصلاً في كتاب الزكاة خلافاً للمحكي عن الشيخ من اختصاصه بالغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان ، وبالحج والعمرة فيقسم أثلاثاً ، وابن حمزة من اختصاصه بالمجاهدين إذ هو كما ترى ، مناف للمفهوم — عرفاً ولغة — من ذلك بلا دليل وإن كان ما ذكروه أقوى في الدلالة ، الاّ أنه لا يمنع من تناول غيره ممّا يدخل في مفهومه وملاحظة معنى الطريق في ذلك لا يقتضي التخصيص المزبور عرفاً كما هو واضح .

﴿ وكذا لو قال في سبيل الله ﴾ تعالى ﴿ وسبيل الثواب وسبيل الخير كان واحداً ﴾ بمقتضى الفهم عرفاً ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا يجب قسمة الفائدة أثلاثاً ﴾ أحدها للغزاة والحج والعمرة وهو سبيل الله ، والثاني : للفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب ، والثالث : لأصناف الزكاة وهو سبيل الخير . ، كما عن الشيخ لعدم الدليل على ذلك على وجه يقتضي الخروج عن مفهوم اللفظ لغة وعرفا ، ودعوى أنّه كذلك فيها لا يخفى عليك ما فيها .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا كان له موال من أعلى وهم المعتقون له ﴾ أو من انتهى إليه ولاء العتق ﴿ وموال من أسفل وهم الذين أعتقهم ﴾ ومن انتقل إليه ولاؤه ، ﴿ ثمّ وقف على مواليه ، فان علم أنّه أراد أحدهما ﴾ بقرينة حال أو مقال ﴿ إنصرف الوقف إليه ﴾ بلاخلاف ولا اشكال ، كما إذا لم يكن الا أحدهما ، بناء على أنّه قرينة على عدم إرادة غير الموجود ، ولو مع الضم إلى الموجود ، ﴿ وإن لم يعلم ﴾ ففي المسالك ، «رجع إليه في تفسيره ، لأنّه أعلم بما اراد ، فإن تعذر الرجوع إليه أو قال : إنّه لم يقصد شيئاً بخصوصه ، وإنما

(١) الوسائل الباب — ١ — من أبواب المستحقين للزكاة الحديث — ٧ .

وقف على مدلول هذا اللفظ ، ففي بطلان الوقف أو صرفه إليهما ، أو أحدهما أقوال »

وفيه إنه لا وجه لتعيين الرجوع اليه ، بناء على أن للّفظ ظاهراً ينصرف إليه ، كما أنّه لا بدّ من التأمل في تصّور المسألة هنا ، حيث يقول إني لم أقصد شيئاً مع أنّك قد عرفت فيما سلف الاجماع على اعتبار معلومية الموقوف عليه وتمييزه ، ولو بجهة العموم ، ضرورة اعتبار قصد انشاء التمليك للمنفعة ، أو مع العين منه ، خصوصاً في الوقف الخاص المحتاج إلى قبول للإنشاء الذي توجه إليه على أنّ المشترك اللفظي لا مدلول له بالخصوص يحمل عليه من دون قصد .

وعلى كلّ حال فالأمر في ذلك سهل ، إذ يكفى في ذلك تصور المسألة الصورة الأولى : وحكمها عند المصنف وجماعة أنّه إذا كان كذلك ﴿ انصرف﴾ الوقف ﴿ إليهما ﴾ وفاقاً للمشهور ، كما عن الدروس ، وهو مبنى على جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى مطلقاً أو إذا كان للفظ الجمع ، وأنّه يحمل على إرادة جميع المعاني مع التجرد عن القرائن مطلقاً ، وإذا كانْ بلفظ الجمع الذي لا يعتبر فيه – وفي التثنية – اتفاق المعنى ، كما صرّح به بعض النحويّين ، لأنّه بمثابة العطف بالواو ، خلافا لجماعة فأبطلوه ، بناء على عدم جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى وان كان بلفظ الجمع أو على عدم حمله على الجميع مع التجّرد .

قال في المسالك : «وإن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقة بطل ، لعدم تعين مصرفه ، سواء جوزّنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا ، أما على الأوّل فظاهر ، وأما على الثاني فلانه حينئذٍ بمنزلة المفرد المشترك ، وحكمه كذلك ، وتبعه عليه غيره » .

قلت : قد حققنا في الأصول جواز استعمال المشترك في أكثر من معنى واحد لكن على جهة المجاز ، وأن المعتبر في الجميع اتفاق المعنى مع اتفاق اللفظ ، وأنّه لا يحمل اللفظ المشترك على الجميع مع التجرد عن القرائن ، بل على معنى واحد منها بخصوصه ، إلا أنّه مع ذلك كلّه قد يقال : بالصحّة في المقام ، ويستخرج الموقوف عليه بالقرعة ، بعد فرض اجتماع باقي شرائط الصحّة فيه ، إذ إجمال الموقوف عليه في الظاهر لا يقتضى بطلان الوقف ، بل هو كالمشتبه في الاثناء .

نعم لو فرض تجرد الواقف عن قصد واحد بخصوصه ، إتّجه البطلان ، ولكنّه خلاف ظاهر الإستعمال ، خصوصاً في مثل المقام ، وأما بناء الصحّة في الفرض على أنّه مشترك معنوى كما عن الشيخ فهو مناف للمحكى عن نصّ أهل اللّغة على الاشتراك اللفظي ، بل وللعرف الآن عندنا ، خصوصاً مع عدم صلاحية قدر مشترك بينهما يقصده المستعمل وكذا ما عن ابن حمزة من أنّه إن جمع اللفظ حمل عليهما ، وإن أفرد حمل على الأعلى ،بقرينة المكافات للإحسان ، وأضعف منه ما عن بعض الشافعية من الحمل على المولي من أسفل خاصة بقرينة محتاجاً فتوجّه النفس إلى الوقف عليه لشدّة حاجته بخلاف الأعلى ، فإنّه على العكس غالباً إذ هو كما ترى لا يستأهل ردّاً ، وممّاذكرنا يعلم لك الحال فيما لوكان الوقف بلفظ المفرد ،كما أنّه يظهر لك الحال أيضاً في ظاهر جملة من الكلمات هنا والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : اذا وقف على أولاد أولاده ، اشترك أولاد البنين والبنات ذكورهم ﴾ كما عن الشيخ ﴿ وأناثهم ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع صريحاً وظاهرا عليه من غير واحد ، بل لعلّه لا اشكال فيه بناء على تناول اسم الولد الّذي هو بمعنى التولد منه لهما حقيقة ، وإن كان هو محلّ تأمل فى عرفنا الآن ، بل لعلّ الظن بالعدم كما أنّه لا اشكال ولا خلاف فى اشتراكهم في ذلك ﴿ من غير تفصيل ﴾ لأنّه المفهوم عرفا من اطلاق سبب الاستحقاق المفروض اتحادهم فيه ، بل الظاهر دخول الخنائي معهم أيضا كذلك ، وإن قلنا أنّهم طبقة مستقلة ، لصدق اسم الولد بالمعنى المزبور عليها .

نعم لوكان وقفه على البنين خاصة ، قيل : لم يدخلن ، كالبنات ، وعلى البنات لم يدخلن كالبنين ، وعليهما بني دخولهم – على عدم خروجهم عن الصنفين في نفس الأمر ، لقوله تعالى(١) «يهب لمن يشاء إناثاً» إلى آخره ولاستخراج أحدهما بالعلامات ومع فقدها نصف النصيبين – وخروجهم على كونهم واسطة لعدم ظهور الآية في الحصر ولا كلام فيه مع وجود العلامات ، كما لا دلالة في نصف النصيبين على ذلك ، بل يمكن دلالته على عدمه ، ضرورة جواز كون نصيبها المتوسط ، لأنّها متوسطة الحقيقة .

---

(١) سورة الشورى الآية – ٤٩

قلت : قد يقال : إنّ المتجه القرعة في الأول كما في الدروس قال : «لأنّها في نفس الأمر من أحد الصنفين» قلت : بل لعلّه كذلك ، وإن قلنا بالواسطة ، فتتجه القرعة ، حتّى في الثاني أيضاً ، إذ هي غير معلومة اللّهمّ إلاّ أن يقال : بتشخيصها حينئذ بالخروج عنها بعدم ظهور إمارة أحدهما ، وإلاّ فالأصول متعارضة حتى إصالة عدم الإستحقاق ، فإنّه معارض بإصالة عدم اختصاص غيرها به أيضاً ، ومنه يظهر قوّة القول بها في الأوّل ، فتأمل جيدا .

ثمّ لا يخفى عليك أن المراد هنا بيان اندراج أولاد البنين والبنات في الدرجة الأولى في أولاد الأولاد ، لصدق الولد على الذكر والأنثى ، لا بيان دخول أولاد أولاد الذكور من الدرجة الثانية والثالثة ، وهكذا كما احتمله في الرياض ، وأشكله في أولاد بنات أولاد الواقف ، بناء على المشهور بأنّهم ليسوا بأولاد حقيقة لأولاده بخلاف أولاد أولاده الذكور ، فإنّهم أولاد أولاد حقيقة ، وإن نزلوا اجماعاً إذ هو كما ترى مناف لما تسمعه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على أولاده وأولاد أولاده بالبطنين فيما لو قال : أولادي ، وأولاد أولادي ، لدعوى الإنصراف عرفاً فلا وجه لاحتمال إرادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح .

وعلى كلّ حال فذلك غير ما نحن فيه ﴿ أما لو قال من انتسب إليّ منهم لم يدخل أولاد البنات ﴾ على الأشهر بل المشهور ، بل يمكن دعوى الإجماع من الجميع ، فإنّ المرتضى وابن ادريس وإن قالا فيما لو قال أولادي وأولاد أولادي أنّه ولد ، لكن لا يلزم القول منه بصدق الإنتساب المفهوم منه عرفا ، خلاف ذلك .

ومن هنا قال في محكي السرائر في الباب إنما أراد الشاعر بقوله «بنونا بنو أبنائنا» إلى آخر الإنتساب ، بمعنى أن أولاد البنت لا ينسبون إلى أمّهم ، وإنما ينسبون إلى أبيهم ، وليس كلامنا فيه ، بل في الولادة وهي متحققة من جهة الام من غير خلاف ، و الذكر والأنثى فيه سواء ، ونحوه عن الخلاف ، وقد أومأنا نحن سابقاً إلى نحو ذلك ، وقلنا : إن أولاد البنات وإن كانوا أولاداً حقيقة إلاّ أنّهم لا يستحقّون الخمس الّذي عنوانه اسم القبيلة الخاص بالذكور ومن يتولد منهم ، وحينئذٍ فما عن التحرير – من أن في دخول أولاد البنات في الفرض نظراً ، وعن إيضاح النافع أن الفرض ضعيف وعن الكفاية أن الأظهر الرجوع إلى العرف بل عن الايضاح وجامع المقاصد ، أنّ الخلاف مع المرتضى

وابن ادريس – في غير محلّه .

﴿ ولو وقف على أولاده ﴾ وأولاد فلان وأطلق ولم يكن ثمّ قرينة حال أو مقال ﴿ انصرف إلى أولاده لصلبه ، ولم يدخل معهم أولاد الأولاد ﴾ وفاقاً للمشهور ﴿ وقيل : ﴾لما عن المقنعة والكافي والنهاية والمهذب والسرائر ، وبعض نسخ النافع . واللمعة والتحرير ﴿ بل يشترك الجميع ﴾ لصدق الولد على الجميع حقيقه ﴿ و ﴾ لا ريب في أنّ ﴿ الأوّل أظهر ، لأنّ ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد ﴾ و إن قلنا أنّه حقيقة ، لمعلومية اختلاف أفراد المتواطي ، فلا ينافي الاختصاص بغيره كونه حقيقة ، ضرورة رجوعه إلى انسياق بعض أفراد المطلق عند الاطلاق ، وربما يؤيّده قراءة النصب في قوله تعالى[1] «ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب» واحتمال كونه لتفخيم شأن يعقوب كما في عطف جبريل على الملائكة في قوله تعالى[2] «من كان عدواً لله» إلى آخره خلاف ظاهر العطف ، وبذلك يظهر لك سقوط الأطناب هنا في الاستدلال على كونه ولداً حقيقة مطلقاً ، أو في خصوص ولد الذكر دون الأنثى ، لما عرفت من أنّ وجه المسألة ما ذكرنا ، أللّهم إلاّ أن يمنع الإنسياق المزبور ، فيتّجه الاستدلال المذكور حينئذٍ ، وقد ذكرنا مختارنا فيه غير مرّة أنّ ولد الولد ولد حقيقة ، من ذكر كان أو أنثى ، والله العالم .

﴿ ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي اختص بالبطنين ﴾ دون ما نزل ، إلا مع القرينة ، بناء على ما عرفت من الإنسياق المزبور من غير فرق في ذلك بين الذكور و الإناث .

﴿ ولو قال : على أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولاد أولادي فعلى الفقراء ، فالوقف لأولاده ﴾ لصلبه خاصة بناء على ما عرفت ﴿ فإذا انقرضوا قيل : ﴾ كما عن الشيخ حاكياً له عن بعض ﴿ يصرف إلى أولاده ، فإذا انقرضوا فإلى الفقراء ﴾ وإلاّ لكان ذكرهم لغواً ، وفي الدروس أنّه قوي ، إما لقرينة الحال وإما لشمول لفظ الولد للنافلة ، كقول المفيد وجماعة ، وكأنه مال إليه أيضاً في غاية المراد ،

(١) سورة البقرة الآية – ١٣٢

(٢) سورة البقرة الآية – ٩٧ .

قال : عملاً بالظاهر والقرينة المقالية يجعل ذلك المجاز وارداً مورد اللفظ ، ولا شك أنّ عطف الإنقراض ، على الإنقراض مشعر بذلك ، وإلاّ لكان الوقف منقطعاً ، والوقف شأنه الدوام .

﴿ وقيل : لا يصرف إلى أولاد الأولاد لأنّ الوقف لم يتناولهم ، لكن يكون انقراضهم شرطا لصرفه إلى الفقراء ﴾ بناء على صحّة منقطع الوسط ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة أنّه لا دلالة في اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف ، لا مطابقة و لا تضمنا ولا التزاماً إذ لا تلازم بين اشتراط انقراضهم ، وبين كونه وقفاً عليهم ، وإلاّ لاقتضى اشتراكهم مع الأولاد ، لا ترتبهم عليهم ، والخصم لا يقول به ، واعتبار الدوام في الوقف لا يكون قرينة على ما لا يظهر من اللفظ ، ويكفي في فائدة ذكرهم إرادة الشرطية فلا دلالة في عطفه انقراض الأولاد على إرادة الدخول ، بل لعلّ فيه دلالة على العدم .

نعم على قول المفيد ومن تبعه بشمول اطلاق الأولاد لأولادهم يتّجه دخولهم في الوقف معهم على الشركة – لا على الترتيب – بمجرد اللفظ الأوّل ويكون ذكرهم ثانياً لفائدة بيان وقت استحقاق الفقراء ، فيكون في قوة تقييد اطلاق الأولاد الشامل للبطون المترتبة أبداً بالبطنين الأولين ، ويكون ذكرهما قرينة لإرادة تخصيصها بالأولين ، وإن كان منهما متناولاً لما بعده أبداً لولا القرينة .

أما على المختار من انسياق خصوص أولاد الصلب من اطلاق الأولاد وبطلان منقطع الوسط في المراتب المتأخرة مع فرض تحقق انقطاعه فالمتّجه البطلان ، أللّهمّ إلاّ أن يدعى أنا نفهم عرفا أن العبارة المزبورة للدخول على الترتيب المذكور ، ولكن المتجه أيضاً على ما ذكرنا اختصاص ذلك بالبطنين ، وقد تقدم البحث سابقاً في مصرف الوقف بناء على صحّة المنقطع حال الانقطاع بنحو ذلك ، فلا حاجة إلى اعادته بعد معلومية فساده لديك بلا مزيد عليه كما هو واضح .

المسألة ﴿ السابعة : إذا وقف مسجداً ﴾ مثلاً ﴿ فخرب أو خرجت القرية أو المحلّة ﴾ الّتي هو فيها لم تبطل بذلك مسجدنـته ، للأصل بعد إمكان الانتفاع به ، ولو فيما يأتي وحينئذٍ ﴿ لم يعد ﴾ لذلك ﴿ إلى ملك الواقف ، ولا تخرج العرصة عن الوقف ﴾

وإن لم يبق من آثاره غيرها ، إذ هي العمدة في المسجد بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا .

نعم في المسالك هذا كلّه يتم في غير المبني في الأرض المفتوحة عنوة حيث يجوز وقفه ، تبعاً لآثار التصرف ، فإنّه حينئذٍ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار ، لزوال المقتضي للاختصاص ، وخروجه عن الأصل ، أللّهم إلاّ أن تبقى فيه رسوم ، ولو في أصول الحيطان بحيث يعدّ ذلك أثرا في الجملة ، كما هو الغالب في خراب البناء ، وحينئذٍ فقول المصنّف «لا تخرج» إلى آخره لا يتم إلاّ في المملوك بالأصل ، إذ لم يعتبر في الوقف إلا العرصة وهي أرض المسجد ، وإن زالت الآثار أجمع .

قلت : قد أشرنا في كتاب البيع إلى خروج ذلك بالسيرة القطعية على اتخاذ المساجد فيها ، وإجراء حكمها عليها من غير مدخلية للآثار في ذلك ، ضرورة اقتضاء المسجدية الدوام والتأبيد ، وحينئذٍ فلا وجه للحكم بمسجديتها لا على هذا الوجه ، بل التزام عدم صيرورتها مسجداً حينئذٍ أولى ، وإن كان هو مردودا بالسيرة القطعية ، بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على مساجد العراق ونحوه ، وغيرها من المفتوحة عنوة .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فما عن بعض العامة – من عود المسجد بما عرفت إلى ملك الواقف قياساً على ما ﴿ لو أخذ السيل ﴾ مثلاً ﴿ ميّتاً فيئس منه كان الكفن للورثة ﴾ لجامع تعذّر المصرف في الموضعين – واضح الضعف ، أنّ الكفن الّذي هو من التركة قد كان ملكاً لهم بموت الميت ، وإن وجب عليهم صرف ذلك في تكفينه فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان ، كما يعود إلى الزكاة أو إلى الوقف أو إلى باذله إن كان منها ، بل لو قلنا أن مقدار الكفن من التركة على حكم مال الميّت ، فالحكم كذلك أيضاً لمعلوميّة تقييده بما دام الميّت محتاجاً إليه ، وإلا دخل في الإرث .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا انهدمت الدار ﴾ ولم يبق من آثارها شيء ﴿ لم تخرج العرصة ﴾ بذلك ﴿ عن الوقف ولم يجز بيعها ﴾ بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له ، كالفاضل والشهيدين وغيرهم ، لأنّ الخراب لا يصلح لنقض الوقف وإبطاله ، مع بنائه على التأبيد ، وعلى عدم جواز بيعه ، ولأنّ العرصة من جملة الموقوف ، وهي باقية ، بل لم يحكوا

الخلاف في ذلك إلاّ عن بعض العامة ، فجوّز بيعها ، إذا انهدمت ، ولم يكن عمارتها كالمسجد ، وفي المسالك تقييده في غير الأرض الخراجية على نحو ما سمعته في المسجد» .

قلت : لا ريب في أن الحكم كذلك مع فرض وقوع عقد الوقف عليها من حيث نفسها ، وإن قارن بذلك كونها داراً ، فينتفع بها حينئذٍ بزرع ونحوه ممّا تكون قابلة له ، إذ لا حصر للإنتفاع بها في الداريّة ، وإن كانت حال الوقف داراً ، إلا أن يصرح بالإشتراط .

نعم قد يشكل تغييرها اختياراً كما نصّ عليه في محكي التذكرة قال : لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا يجوز جعل الدار الموقوفة بستاناً ولا حماماً ، ولا بالعكس ، ولو تعذر الإستمرار صار إلى أقرب الأوصاف ، وعن الكاظم عليه‌السلام [1] فيما وقفه «لا يحلّ لمؤمن بالله تعالى واليوم الآخر أن يبيعها ، ولا يبتاعها ، ولا ينحلها ولا يغير شيئاً منها» إلى آخره ، أللّهمّ إلاّ أن يحمل ذلك منه لبيان الاشتراط منه عليه‌السلام . كما يحمل كلام التذكرة على وقف الدار الملحوظ في وقفها داريتها ، لـكن لا يخفى أنّه لا داعي إلى هذا الحمل ، لظهور وقف الدار إلى إرادة الانتفاع بها داراً وهكذا إلاّ مع التصريح بعدم قصد ذلك وهو خارج عن محلّ الفرض .

هذا كله مع عدم ملاحظة الدارية في وقفه ، أما إذا لاحظ الواقف في وقفه لها حيثية كونها داراً ، فمتى بطل كونها كذلك بحيث خرجت عن قابليّة ذلك ، يمكن الحكم ، ببطلان الوقف حينئذٍ بذهاب موضوعه ، بل يمكن التزامه في النخلة الموقوفة الملاحظة في وقفها تسبيل ثمرتها أيضاً إذا سقطت كما ستسمعه إن شاء الله تعالى .

ولعلّ مرجعه إلى نظير ما سبق من جواز الوقف في منفعه خاصة ، وربما يشهد لذلك ما سمعته سابقا من ثاني الشهيدين ومن تبعه في أنّ الوقف على مصلحة تنقرض غالباً يكون من الوقف المنقطع الآخر ، وهو كذلك .

ومن ذلك كله يظهر لك أن وقف الدار مثلاً يقع على وجوه :

أحدها : وقفها ما دامت داراً فانهدمت والظاهر كونها من منقطع الآخر .

---

(١) الوسائل الباب – ١٠ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ٥ . مع اختلاف يسير .

ثانيها : وقفها داراً على معنى أنّه ينتفع بها داراً ، والظاهر أنّها وقف كذلك ما دامت صالحة لذلك ، وإن انهدمت نعم إذا خرجت عن قابلية ذلك على وجه لا يرجى عودها ، أمكن القول ببطلان وقفها .

ثالثها : وقف الدار على معنى تسبيل منفعتها كائنة ما كانت وإن قارن كونها داراً حال الوقف ، والظاهر بقاء وقفها ، بل يجوز تغييرها اختياراً .

رابعها : وقفها داراً وعلم إرادة دوام أصل الوقف منه ، فاتفق انهدامها ، و الظاهر عدم جواز تغييرها اختيارا لكن إذا انهدمت جاز له الانتفاع بها على غير وجه الدارية ، إلاّ مع التصريح .

وقد ذكرنا تفصيل بعض ذلك في كتاب البيع في مسألة بيع الوقف إذا أدّى بقاؤه إلى خرابه ﴿ و ﴾ من ملاحظته يعلم الحال فيما ﴿ لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه ﴾ وإن قال المصنف هنا ﴿ جاز بيعه ﴾ جاز ما به ، إلاّ أن المسألة شديدة الإشكال والاختلاف ، وقد استقصينا الكلام فيها هناك بحمد الله تعالى شأنه ﴿ و ﴾ كذا فيما ﴿ لو لم يقع خلف ﴾ بينهم ﴿ ولا يخشى خرابه ، بل كان البيع أنفع لهم ﴾ وإن ﴿ قيل : ﴾ أنّه ﴿ يجوز بيعه ﴾ حينئذٍ في ذلك ﴿ و ﴾ لكن ﴿ الوجه المنع ﴾ كما ذكرنا الكلام فيه مفصلاً ﴿ و ﴾ منه يعلم الحكم أيضاً فيما ﴿ لو انقلعت نخلة من الوقف ﴾ وإن قال المصنّف هنا ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ في محكى مبسوطه ونهايته ﴿ يجوز بيعها لتعذر الانتفاع إلا بالبيع وقيل : ﴾ والقائل ابن ادريس ﴿ لا يجوز لامكان الانتفاع بالاجارة للتسقيف وشبهه وهو أشبه ﴾ وفي المختلف أن النزاع بينهما لفظي ، لأنّ الشيخ فرض عدم الانتفاع إلا بالبيع ، وابن ادريس فرضه بالتسقيف ونحوه .

قلت : عبارة الخلاف لأنّه لا يمكن الانتفاع بها الا على هذا الوجه ، لأنّ الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل ، ولا يرجى عوده ، وعبارة المبسوط جاز بيعها لارباب الوقف لأنّه تعذر الانتفاع بها على الوجه الذى شرطه ، وهو أخذ ثمرتها ، وظاهرهما بطلان الوقفية المقتضية لحبس العين وعدم جواز بيعها ، ببطلان المنفعة الّتى وقفت العين أى حبست العين عن النوافل ،

لارادة استيفائها ، فلا يجب حينئذٍ على الموقوف عليه حبسها لغيرها من المنافع ، وإن كانت صالحة للانتفاع بها مع بقاء عينها ؛ وحينئذٍ يكون الخلاف معنويا لا لفظيا وإن زعمه الفاضل في المختلف .

بل لعل كلام الشيخ لا يخلو من قوّة ، وإن خالفه من تأخر عنه ، خصوصا مع ملاحظة الواقف ذلك قيداً في وقفه ، كما هو مقتضى تعبير الشيخ بالشرطية ، وحينئذٍ يرجع إلى ما ذكرناه في البيع وفي المقام من أنه متى جعل الجاعل هيئة الموقوف عنوانا في وقفه ، فذهبت الهيئة ، بطلت الوقفية المقتضية لتحبيس الأصل وجاز البيع للموقوف عليهم ، لا للواقف كما أوضحناه في كتاب البيع .

نعم لو لم يجعل ذلك عنوانا بل كان مراده الانتفاع بالعين مع بقائها كائنة ما كانت المنفعة لم يجز البيع حينئذٍ ، إلاّ مع سلب المنافع أجمع وانحصار منفعتها بالاتلاف كالخشبة للاحراق ونحوه فتأمل جيدا .

ولا ينافي ذلك — ولا ما تقدم من مسألة المسجد والدار — ما تقدم سابقاً من صرف الوقف — على مصلحة فبطل رسمها — في وجوه البرّ بعد ما عرفت أن مرادهم ذلك في الوقف المؤبد الذي ذكر له مصرفا خاصا فاتفق تعذره المنزل على أنّه يصرف له ما دام ممكنا ليجامع تأبيد وقفه كما أوضحناه فيما تقدم هذا .

وفي القواعد ولو شرط بيعه عند التضرّر به كزيادة خراج وشبهه ، وشراء غيره بثمنه أو عند خرابه وعطلته أو خروجه عن حدّ الانتفاع أو قلعه أو قلة نفعه ففي صحة هذا الشرط إشكال ، بل عن الارشاد الوجه الجواز ، ونفى عنه البأس في محكي الروض قيل : وكأنه مال إليه ، أو قال به الشارحان له ولده والشهيد ، بل وثاني المحققين وفي الحواشي أنّه الأقوى .

ولعله لعموم «الوقوف[1] » و «المؤمنون[2] » وما عساه يظهر من اذن أمير

---

(١) الوسائل الباب -٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث -١ -٢ .
(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث - ٣ .

المؤمنين عليه‌السلام (١) للحسن عليه‌السلام في صدقته بذلك ، وربما يرجع ذلك كله أو بعضه إلى نحو ما قررناه في شرط عوده إليه عند الحاجة ، كما أنّه لا ينبغي الاشكال في جواز اشتراط بعض ذلك بناء على جواز بيعه منه من دون شرط ، فضلاً عنه معه .

نعم بناء على منافاة هذا الشرط لعقد الوقف في الجميع كما عن الايضاح ، أو في البعض وجه المنع واضح .

لكن قد عرفت فيما تقدم سابقا من المباحث امكان كونه على وجه لا ينافي مقتضاه ، إذ المسلّم منه عدم جواز بيعه وهو وقف ، لا جواز بيعه بعد خروجه عنه ، ويمكن عود الشرط في جميعها أو في بعضها إلى ذلك ، كما أومأنا إليه في اشتراط العود عند الحاجة ، فلاحظ وتأمل كي تعرف بقرينة ما سمعته في الدية ، وقيمة العين الموقوفة من اختصاص البطن الأول بها كالقيمة عند سلب المنافع منها ، أنّ معنى الوقف تمليك العين محبوسة على المالك عن النواقل ما دامت قابلة ، ومتى خرجت عن الانتفاع تكون ملكا مطلقا من دون حبس ، وكذا لو شرط الواقف ذلك معلقا له على حال من الأحوال السابقة أو بشرط شراء غيرها بثمنها على أن يكون وقفاً ، ولا يقدح ملك البطن في صحّة الوقف عليهم ، إذ المسلم منه غير هذا النوع من الملك ، ولعل هذا غير الانقطاع من الملك الّذي ذكرناه عوده إلى الواقف ، ضرورة كون الفرض تقييداً في الحبس ، لا في الملك ، ولكن الانصاف عدم خلو ذلك عن التأمل ، وإن كان يشهد له بعض كلماتهم ، فلاحظ وتأمل .

وكذا في القواعد ولو خلق حصير المسجد وخرجت عن الانتفاع به فيه أو انكسر جذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق ، فالاقرب بيعه ، وصرف ثمنه في مصالح المسجد كما عن التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والدروس التصريح به .

نعم زاد في الاخير اشتراط ان لا ينتفع به في غيره أيضا كما أنّه في الثلاثة التصريح بصرف ثمنه في بدله من حصير وجذع ، فان تعذّر صرف في مصالح المسجد اعتبارا لما يقرب من مراد

(١) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ـ ٤ .

الواقف ، وفي محكي التذكرة أيضاً أنّه لا خلاف بين العامة في جواز بيع ما اشترى من الوقف أو قبل المتولى هبته عند الحاجة ، وفي جامع المقاصد أنّه لا يخلو من قوّة . فإذا بيع صرف في مصالح المسجد من غير تعيين شراء مثله ، ولا يخفى عليك التحقيق في ذلك كله وفي شراء عين بثمن الموقوف عوضه مساوية له أو غير مساوية أو يكون طلقا لهم ، بعد الاحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع ، وبما ذكرناه في كتاب الوقف في مسألة ما لو أتلف العين الموقوفة متلف وغيرها من المسائل ، فلاحظ وتأمل . لكن لا ينبغي ترك ما أمكن من الاحتياط في كثير من هذه المسائل لأنّها غير منقحة .

نعم لا ينبغي التأمل في صرف حاصل الوقف فى وجوه البرّ مع الجهل بأربابه ، وإن توقف فيها أو في نحوها الخراساني فى كفايته لكنّه في غير محله ، ضرورة أنّه من مجهول المالك ، مضافاً إلى خبر أبي عليّ[1] بن الراشد « اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم ، فلمّا وفرت المال خبّرت أن الأرض وقف ، فقال : لا يجوز شراء الوقف ، ولا تدخل الغلّة في ملكك ادفعها إلى من أوقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربّا ، قال : تصدق بغلّتها » وهو صريح فيما ذكرنا ، بل منه يعلم الحال في نسيان المصرف ونحوه ، فإنّ الجميع من واد واحد .

نعم لو علم الموقوف عليه ، ولم يعلم سهامهم ولا ترتيبهم ولا عدمه ولو لتلف ما رسمه الواقف ، فالظاهر تساويهم في القسمة الّذي هو الأصل في نظائره ، خلافاً لبعض الشافعية فيوقف إلى أن يصطلحوا ، وكذا لو اختلفوا في شرط الواقف ولا بيّنة ، يقسّم بينهم بالسويّة .

نعم لو علم تفضيل بعضهم على بعض ولم يعرف المفضّل احتمل الوقف حتّى يصطلحوا والأقوى القرعة ، وعن التذكرة أنّه لا بعد في الرجوع إلى قول الواقف لو كان حيّاً ، لأنّه هو المتصدق ، وفيه أنه لا رجوع إليه بناء على رجوعه عن الوقف ، إذ هو حينئذٍ كالاجنبي ، وكالبايع الّذي لا يرجع إليه عند اختلاف المشتريين منه .

المسألة ﴿ التاسعة : اذا آجر البطن الأوّل الوقف مدّة معيّنة ﴾ مثلاً ﴿ ثمّ

---

(١) الوسائل الباب – ٦ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ١

انقرضوا ﴾ أجمع ﴿ في أثنائها فإن قلنا أن الموت يبطل الاجارة ﴾ في الملك المطلق ﴿ فلا كلام ﴾ ضرورة أولوية المقام منه ﴿ وإن لم نقل فهل يبطل هنا ؟ فيه تردد ﴾ من اطلاق ما دلّ على صحّة الاجارة ولزومها عموما وخصوصاً ، ومن انكشاف دخول غير ما لهم من المدّة في مدّتهم ﴿ أظهره البطلان ﴾ كما في الخلاف والمبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والروض والروضة والمسالك ، بل لا أجد فيه خلافا .

﴿ لأنا بيّنّا أن هذه المدّة ليست للموجودين ﴾ ضرورة اقتضاء الوقف تسبيل المنفعة للموقوف عليه مدّة العنوان الّذي يجعله الواقف لا أزيد ، والبطن الثاني يتلقى عن الواقف كالأوّل ، ولذا لا تمضى اجارته مدّة يعلم بالعادة زيـادتها على حياته مثلاً بل قد يتوقف في صحّة غير ذلك لو صرّح الواقف بإرادة تمليك البطن الأوّل على حسب الملك المطلق ، بناء على عدم مشروعية عقد الواقف لمثل هذا التمليك ، وإن كان لا يخلو من نظر .

لكن لا اشكال في حمل قصد الواقف مع الاطلاق على ما ذكرنا ، وحينئذٍ فاجارته في الفرض وقعت على ماله وما ليس له ، بخلاف المالك الّذي هو مسلط على أمواله ، والوارث إنما يرث ما يجده على ملكه ، فمع فرض زيادة مدّة الإجارة على موته لم يكن للوارث شيء إذ المنفعة صارت ملكاً للغير بعقد الاجارة ، وليست من تركة الميت .

وحينئذٍ ﴿ فيكون ﴾ في الفرض ﴿ للبطن الثاني الخيار بين الاجازة في الباقي وبين الفسخ فيه ﴾ لأنّه من الفضولي ، وهو المراد من البطلان المزبور .

وإن كان قد يشكل أولاً : بعدم المجيز له في المال بناء على اشتراط ذلك في الفضولي وفرض عدمه ، أللّهم إلا أن يجعل الناظر الولي على ذلك ، إلاّ أنّه كما ترى .

وثانياً : بعدم الملك والمالك حال العقد ومجرد تأهل العقد لملكهم لو وجد وإلا يجعله من الفضولي ، أللّهم إلا أن يدّعى تناول أدلّته لمثله ، وتكون الاجازة حينئذٍ كاشفة حال انقراض البطن الأوّل ، لا حال وقوع العقد ،وفيه بحث ، ولعلّه لذا حكى عن جماعة البطلان ، الّذي لايترتب عليه أثر بالنسبة إليهم ، لا بالمعنى الّذي سمعته من المصنّف .

وعلى كلّ حال فمع الفسخ ﴿ و ﴾ تسليمهم الاجرة ﴿ يرجع المستأجر على تركة الأوّلين بما قابل المتخلف ﴾ بلا خلاف ولا اشكال فينسب أجرة مثله إلى آجره مثل مجموع المدّة ويرجع من المسمى بمثل تلك النسبة ، فلو كان قد آجره سنة بمائة ومات بعد انقضاء نصفها ، وفرضنا أن أجرة مثل النصف المتخلف تساوى ستين وأجرة مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين رجع المستأجر بثلثي المائة كما هو واضح .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخرى المتأخرين في ذلك ، حتّى تجرّأ بعض من تأخر عنه إلى الجزم بجواز اجارة البطن الأوّل مدّة تستغرق عمر الموقوف عليه ، معللا له بأن المنفعة ملكهم ملكاً مطلقاً ، والناس مسلطون على أموالهم ، وهو كما ترى .

نعم لو كان المؤجر الناظر على الوقف لمصلحة الوقف اتّجه ذلك ، لأنّ له الولاية المقتضية لنفوذ تصرفه فى ذلك مع وجودهم ، فضلاً عما قبله ، والاجرة يملكها الموجودون ، وإن كانت هى عوضاً عن منافع المدّة المتأخرة عن حياتهم ، إلاّ أنّها بعد فرض المشروعية لهذه الاجارة بالاجماع ، وظاهر بعض النصوص الدالة على جواز اشتراط الناظر صيرورته وليًّا للمال نفسه ، وأن له هذه الولاية تكون حينئذٍ بمنزله وجود المنافع المتأخرة في حياتهم الا أنّها محبوسة أيضاً لا يجوز لهم صرفها في غير التعمير ونحوه ، ممّا يرجع مصلحته للبطون أيضاً ، ولو سلّم عدم الجزم بذلك ، كان الحكم بالصحّة كافياً في حصول المطلوب وإن لم يجزم بتعيين مالك ما زاد من المنافع على الموجودين ، والله العالم .

ولو آجر المتولّي بأجرة المثل في الحال ، فاتفق زيادة لم تنفسخ الاجارة لاصالة لزومها بعد وقوعها على الوجه المعتبر شرعاً ، فلا خيار له ، نعم لو آجره زيادة عن المدّة الّتي اشترطها الواقف بطلت الاجارة في الزائد خاصة ، لأنّه من تبعض الصفقة ، بل قد يحتمل البطلان بالجميع ، لأنه عقد مخالف لشرط الواقف ، إلاّ أنّ الأوّل هو الأقوى .

المسألة ﴿ العاشرة : لو وقف على الفقراء ﴾ مثلاً ﴿ انصرف إلى ﴾ إرادة صرف نمائه في ذي الوصف منهم ، لا استيفاؤهم ، ضرورة كون المراد من مثل هذا الوقف باعتبار عدم انحصارهم الجهة المخصوصة ، وحينئذٍ فله صرفه في ﴿ فقراء البلد ، ومن يحضره ﴾ من

غيرهم ، ولا يجب تتّبع الجميع بلا خلاف أجده فيه .

﴿ وكذا لو وقف على العلويّين ، وكذا لو وقف على بني أب منتشرين ، صرف إلى الموجودين ، ولا يجب تتبّع من لم يحضر ﴾فإنّ الجميع من واد واحد في عدم إرادة — الاستيعاب وفي خبر عليّ بن محمّد بن سليمان النوفلي [١] عن أبي جعفر الثاني عليه‌السلام «قال : كتبت إليه أسأله عن أرض وقفها جدي على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان وهم كثير متفرّقون في البلاد ، فأجاب عليه‌السلام ذكرت الأرض الّتي وقفها جدّك على الفقراء من ولد فلان هي لمن حضر البلد الّذي فيه الوقف ، وليس لك أن تتّبع من كان غائباً » .

لكن كلمات الأصحاب هنا لا تخلو من تشويش ، إذ ظاهر المتن وغيره ممّن عبّر كعبارته وجوب استيعاب فقراء البلد ومن يحضره من غيرها ، بل لعلّه ظاهر الخبر المزبور بل هو صريح المحكي عن شرح الإرشاد للفخر ، قال : «إذا وقف على الفقراء صحّ إجماعاً ولم يكن لبيان المصرف إجماعاً ، بل كان تشريكاً ، وصرفه للكلّ معتذر لانتشارهم ، وللزوم خروج نصيب كلّ واحد منهم عن الانتفاع والتملك ، وصرفه للبعض ترجيح من غير مرجّح ، فلا بدّ من أن يقال : إنّه يصرف إلى كلّ فقراء البلد ، ومن حضر في البلد من غيرهم ، ويجب الاستيعاب مهما أمكن ، فهذا الوقف يشابه بيان المصرف من جهة الاقتصار على البعض ، والتشريك من جهة أنّه لا يجوز الاقتصار مع المسكنة » .

وفي الدروس «يفرّق في فقراء بلد الوقف ومن حضره ، ولا يجب تتبّع الغائب ، ولو تتبعه جاز ، ولا ضمان في الاقرب بخلاف الزكاة ، والفرق أنّ الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف ، ولا يجزى أقلّ من ثلاثة ، مراعاة لأقلّ الجمع ، ولا يجب التسوية ، بخلاف المنحصرين » إلى غير ذلك من عباراتهم الظاهرة والصريحة ، إلاّ أنّ ما في أيدينا من العرف في أمثال ذلك على خلافه ، وأنّه لا فرق بينه وبين الزكاة والخمس .

وحينئذٍ فلا فرق بين الواحد والأزيد من أهل البلد وغيرهم ، والحاضرين وغيرهم ولا مدخلية لأقلّ الجمع ، وكونه ثلاثة واثنين ، بل يمكن إرادة ذلك من الخبر [٢] المنساق لبيان عدم

(١ و٢) الوسائل الباب — ٨ — من أبواب أحكام الوقوف الحديث — ١

وجوب التتبّع ، ، وإن كان مشتملاً على النهي ، إلاّ أنّه في مقام توهمّ الوجوب ، وإلاّ لاقتضى عدم جواز الدفع إلى غيرهم ، وهو باطل إجماعاً ، كما اعترف به بعضهم بل الظاهر انّ المراد من قوله فيه «لمن حضر» بيان كونهم مصرفاً لذلك ، وإن كان لا يجب استيعابهم ، ﴿ لموضع المشقة ﴾ وغيره أيضاً ، وحينئذٍ فالمتّجه الضمان مع التأخير ، بعد أن كان مقتضاه المصرفية ووجود المستحق ، ضرورة كونه كالزكاة بالنسبة إلى ذلك .

﴿ ولا يجوز للموقوف عليه وطىء الأمة الموقوفة ﴾ وإن انحصر في واحد ، وقلنا : بانتقال الملك إليه ، بلا خلاف أجده فيه بين من تعرّض له ، بل قيل : قد يظهر من المبسوط والتذكرة ، أنّه لا خلاف فيه بين الخاصّة والعامة إلاّ أنّ ما ذكروه من الدليل له لا يخلو من إشكال ﴿ لـ ﴾ أن المصنّف وجماعة علّلوه بـ ﴿ أنه لا يختص بملكها ﴾ وغيره بأنه وإن كان مالكاً إلا أن للبطون اللاّحقة حقّاً ، ووطؤه وإن كان له انتفاعاً في زمن ملكه ، إلاّ أنّه يغاير غيره من وجوه الانتفاعات من حيث أنّه معرض للحمل الموجوب لصيرورتها أم ولد المانعة من دوام وقفها على البطون ، لانعتاقها بموته .

وهما معاً كما ترى ، إذ هما – مع أنّهما غير تامّين في المنقطع المختصّ به ، وفي اليائسة ونحوها المعلوم عدم ولادتها – قد يناقش في الأوّل منهما بمنع عدم الاختصاص الآن وإن تأهّل العقد لملك البطن الثاني ، إلاّ أنّه ليس ملكاً فعلاً ، حتى يترتّب عليه الإشتراك ونحوه ، خصوصاً مع فرض كونه معدوماً .

ومنه يعلم وجه المناقشة في الثاني الّذي لا يتمّ على القول بعدم صيرورتها أمّ ولد بذلك أيضاً ، علـى أنّ مجرد تعريضها لذلك لا يمنع الموقوف عليه من الإنتفاع الحاصل له بسبب عقد الوقف فالعمدة حينئذٍ الإجماع ان تمّ .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو أولدها كان الولد حرا ﴾ لأن وطأه غير معدود من زنا لأنّه مالك في الجملة ﴿ ولا ﴾ يجب ﴿ قيمتـ ﴾ ـه ﴿ عليه ﴾ لمن بعده من البطون . ﴿ لأنّه ﴾ المستحق له الآن إذ الولد بمنزلة كسبها وثمرة البستان ، وحينئذٍ فـ ﴿ لا يجب له على نفسه غرم ﴾ وكذا لا مهر عليه للبطون الآتية .

نعم لو قلنا أن ولد الموقوفة وقف أيضاً في المسالك «يجب أن يشترى بقيمته عند سقوطه حياً ما يكون وقفاً» وفيه نظر، ولا يجب عليه الحدّ لما عرفت من عدم كونه زانياً وإن أثم كالوطيء في الحيض، ولكن عليه التعزيز مع العلم، بل عن التذكرة نفى الحدّ عليه أيضاً على القول بانتقال الملك إلى غيره، لأنها مسألة اجتهادية، لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهة عن الجانب المخالف، وهو كاف في درء الحدّ، ونفى عنه البأس في المسالك. وإن كان فيه ما لا يخفى.

هذا كلّه إذا لم يكن له شريك، بأن انحصر أهل طبقته فيه، والا وجب عليه قيمة حصّة الشريك، بل في المسالك «وفي حدّه بنسبة حصته وجه قوي، لأنّ ملكها مشترك بينهما على حدّ سواء، ووطء الأمة المشتركة يوجب ذلك، ولكن لم يتعرضوا له هنا».

قلت: قد يناقش فيه بعدم صدق الزاني عليه أيضاً، ولا أقلّ من الشبهة الّتي تدرأ الحدّ أيضاً، وقد مرّ تمام الكلام في ذلك في البيع فيما لو وطيء أحد الشريكين الجارية المشتركة.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هل تصير ﴾ الأمة في الفرض ﴿ أمّ ولد؟ قيل: نعم ﴾ كما عن المبسوط والتذكرة وشرح الارشاد للفخر والايضاح وحواشي الشهيد، بل عن غاية المراد نسبته إلى الأصحاب لتحقق علوقها منه في ملكه، وهو السبب في صيرورتها أم ولد بالنّص والاجماع على ما في المسالك.

﴿ و ﴾ حينئذٍ ﴿ تنعتق بموته ﴾ كغيرها من أُمّهاتِ الأولاد، ﴿ وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون، وفيه تردد ﴾ بل منع، وفاقاً لثاني المحققين والشهيدين لمنع سببية مطلق ذلك على وجه يشمل الفرض الّذي قد عرفت ظهور الأدلة في عدم تغيّره بالأسباب الاختيارية والقهرية، مضافاً إلى خصوص استصحاب بقاء حكمه ولزومه ودوامه، المقدم على عموم الاستيلاد، أو السالم عن معارضته، بعد معارضته بعمومات الوقف، وخصوصاً بناء على عدم اقتضاء الملك الوقفي الانعتاق، ولذا صحّ وقف من ينعتق على الموقوف عليه عند بعض.

ثمّ على تقدير صيرورتها أم ولد ، فلا خلاف أجده فيه في ترتب الحكمين المزبورين حينئذٍ بل عن التذكرة والايضاح الاتّفاق على ذلك ، بل عن المبسوط أنّ الناس متسالمون على أخذ قيمتها من تركته ، وإنّما اختلفوا فيماذا يعمل بها ، فمن قال : إنّ الموقوف عليه إذا أتلف اشترى بقيمته آخر قال هنا : يشتري بها أُخرى تقوم مقامها ، ومن قال : تنتقل إليه قال : أعطى من يليه من البطون تلك القيمة ، كما إذا وجبت القيمة وهو حيّ ، وحاصل مراده أن الإتلاف منه على بعده إنّما هو بعد موته الذي هو سبب في انعتاقها المترتب عليه رتبة كغيره من المسببات ، وهو في ذلك الحال غير مالك ، وإنما هو زمان ملك البطن المتأخر فلا تكون القيمة له .

نعم يجري فيها الاحتمالان اللذان سمعتهما في قيمة العين الموقوفة والموقوف عليه موجود ، ولعل هذا هو الوجه في استشكال الفاضل في القواعد قال : «ومعه تنعتق بموته ، وتؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال» بل وتردد المصنّف بناء على رجوعه إلى ذلك ، لا إلى صيرورتها أمّ ولد ، واعترضهم الشهيد في شرح الارشاد «بأنّها إذا صارت أمّ ولد حكم بنفوذ الاستيلاد في الحال ، كما في صورة ما إذا وطأ أحد الشريكين وعلقت ، إلى أن قال : ولعلّهم أرادوا ذلك ، إلاّ أنّه لما كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون ، وهو الآن غير مالك ، تأخر الدفع إلى ما بعد الموت ، ولا يلزم منه تأخّر الحكم بنفوذ الإستيلاد .

وفيه أوّلاً : أن الفرق بين المقام وبين وطىء الشريكين واضح ضرورة حيلولته بين المالك وبين التصرف في ملكه ، بمجرد الاستيلاد ، بل بالاحبال ، فتتوجّه له القيمة عليه ، كما تطابقت عليه النصوص والفتاوى هناك ، بخلاف المقام الّذي لا حيلولة فيه بين العين الموقوفة وبين البطن اللاّحق ، لعدم استحقاقه ، ولأنّ الوقف كان هو السبب في المنع من التصرّفات الناقلة ، فلا وجه لترتّب الضمان عليه هنا بمجرّد الاستيلاد .

وثانياً : أنّه مناف لتصريح بعضهم بانعتاقها من نصيب ولدها ، إذ على تقدير أنّها من وطىء أحد الشريكين ينبغي أخذ القيمة منه ، لأنّه من نصيب ولدها ، ومنافٍ أيضاً لصريح المحكي عن المبسوط والتذكرة وبل كلامه نفسه في الحواشي بل ولظاهر المتن وغيره بل للإجماع المحكي على أخذ قيمتها من تركته على كلّ حال ، بل ولما سمعته

من عبارة الفاضل ، لأنّه على هذا التقدير لا تختصّ القيمة بمن يليه من البطون قطعاً ، فلا يتّجه الإشكال المذكور ، لأنّ احتمال اختصاص البطن الّذي يليه بها إنّما يتّجه إذا كان الإتلاف واقعاً حين اختصاصهم بالوقف ، ولا يتحقّق إلاّ إذا كان الحكم بنفوذ الإستيلاد بعد الموت .

أما إذا حكمنا بنفوذه قبله فإن الاختصاص بالوقف ثابت للواطىء حينئذٍ فإيجاب القيمة عليه حينئذٍ على هذا التقدير إنّما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعاً فكيف يحتمل اختصاص البطن الّذي يليه بالقيمة ليكون فيه اشكال ، واحتمال أنّ المراد بقولهم إن القيمة لمن يليه شراء جارية تكون وقفاً لهم لاختصاصهم بذلك طلقاً ، يأباه صريح المحكي عن المبسوط والتذكرة وظاهر غيرهما .

هذا مع أنّ الاستيلاد إنّما يترتّب عليه العتق الموجب للاتلاف بعد الموت ، ضرورة أن الولد إذا مات قبل أبيه لم يتحقّق سبب العتق ، المقتضي لبطلان الوقف بعد تمامه ولزومه ، ودعوى أنّ ذلك كاشف عن نفوذ الاستيلاد من حينه ، ليس بأولى من دعوى عدم تمامية السبب قبله ، وليس في النصوص [1] إلاّ الانعتاق من نصيب الولد ، ومسئلة وطىء أحد الشريكين قد عرفت أنّها مورد نص [2] وفتوى ، ووجه الفرق بينها وبين ما نحن فيه واضح ، وقد أفرغنا الكلام فيها في محلّه فلاحظ وتأمل ، على أنّه لو سلّم اقتضاء الاستيلاد ذلك كان المتجّه شراء عين بدلها حينها ، لا تأخيرها إلى البطن اللاحق ملاحظة إلى إرادة استمرار الوقف واستدامته المقصود للواقف ، بل هو مع كونه صدقة جارية كما هو واضح .

وأضعف ممّا ذكره ما حكاه هو عن شيخه السيّد عميد الدين في شرح مشكلات القواعد وفي حلقة درسه من أنَّ هذين الاشكالين إنّما يتأتّيان على تقدير دخول ولدها في الوقف لينتقل إليه بموت أبيه شيء منها أو المجموع ، أما على تقدير عدم دخوله في الوقف فيموت الواطيء انتقلت إلى بطون أخر غيره فلم يجر للولد عليها ملك ، فلا يفرض فيها عتق .

وفيه أوّلاً : أنّه مناف لاطلاق صيرورتها أم ولد .

---

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاد .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الشركة.

وثانياً : أنّه مناف لما ذكره الفاضل في القواعد من جواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه ، وأنّه يبقى وقفاً وحينئذٍ ملك ولدها لها على جهة الوقف لا يقتضى انعتاقها عليه إنّما المقتضى له ملكها بطريق الارث .

ومن ذلك يظهر لك زيادة ضعف القول بصيرورتها أم ولد ، ضرورة توقف ذلك على القول بخروجها عن الملك الوقفي إلى غيره من الملك بالاستيلاد من حينه أو قبل الموت بآن ما ، ليتوجّه وارثية ولدها حينئذٍ نصيبا منها ينعتق عليه ، ويسري في غيره فيؤخذ القيمة منه ، وهو كما ترى ، ضرورة أن الاستيلاد لا يغير كيفية الملك ، وإنّما هو يبطل سلطنة بعض التصرّفات فيه .

وكذا يظهر لك منه أيضاً ما في جملة من الكتب في هذه المسألة الّتي قال فخر المحقّقين : «تسمى بمتشعبة المبادى » .

ثمّ لا يخفى عليك أن جميع ما ذكرناه على فرض اختصاص البطن الأوّل بالواطىء أما مع فرض شريك له فهل يحكم بالقيمة من حين الاستيلاد ، أم بعد الموت ؟ الظاهر الثاني كما في جـامع المقاصد لمثل ما قلناه ، وإن خالف في ذلك الشهيد في نكت الارشاد ، إذ هي الآن باقية على حكم الوقف ، فلا ضرر على الشريك إلاّ بالموت المقتضى لانعتاقها ، كما عرفت .

كما لا يخفى عليك أيضاً أنّ المتّجه على ما سمعته من الشهيد أخذ قيمة عوض الأمة من أصل التركة يشترى بها ما يكون وقفاً للموقوف عليهم ، ثمّ يغرم الولد ما زاد على نصيبه من أصل التركة ، للورثة بسبب الانعتاق الحاصل من سراية انعتاق نصيبه عليه بل لعلّ ذلك كذلك بناء على ظاهر كلمات الأصحاب أيضاً بل ربما كان هو المنساق من نحو عبارة المتن ، اللّهمّ إلاّ أن يقال أنّها تنتقل من الواقف إلى خصوص ولده دون باقي الورثة فيختص حينئذٍ بغرم قيمتها للموقوف عليهم من نصيبه ، لكنّه كما ترى ، ولو كانت الأمّة موقوفة على الواطي وقف انقطاع ، وقلنا بانتقال الملك إليه فأولدها ففي غرامته القيمة فعلاً ، أو الى أن يموت ، البحث السابق ، وكذا لو أولدها الواقف وقلنا هو المالك ، لا الموقوف عليه .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف بيننا كما اعترف به بعضهم صريحاً وظاهراً في أنّه ﴿ يجوز

تزويج الامة الموقوفة ﴾ وما عن جامع الشرايع من نسبة عدم الجواز إلى القيل لا يقتضى كون القائل منّا ، كما أن التعبير في محكي المبسوط والتحرير عن الحكم بالأقوى والأقرب لا يقتضى ذلك أيضاً بل لا ينبغي الاشكال فيه أيضاً ضرورة أنّه عقد على بعض منافعها كالإجارة ، واقتضاء ذلك التعريض لها للحبل المعطل لها والّذي يتحقق معه التلف بالطلق لا يمنع جواز الانتفاع بها المملوك لهم بعقد الوقف ومن ذلك يعلم قوّة جواز وطىء الواقف لها إن لم يكن اجماعا .

وعلى كلّ حال فالمتولي لتزويجها هو الموقوف عليه ، بناء على الانتقال إليه ، والوقف بناء على البقاء على ملكه ، والحاكم بناء على الانتقال إلى الله تعالى شأنه ، كما لو كانت أيضاً موقوفة على جهة العموم ، وما عن الشيخ من تزويجها لنفسها على الأخير في غير محله ، وكذا احتمال أنّه الموقوف عليه مطلقاً ، لأنّه من المنافع الّتي هى له ، وإن كان المالك للعين غيره .

وكذا لا خلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال في أنّ ﴿ مهرها للموجودين من أرباب الوقف ، لأنّه فائدة كأجرة الدار ﴾ فلا مدخلية لمالك العين حينئذٍ ، إذ لا يخفى عليك الفرق بين النكاح وغيره ، في توقف الأوّل على الاذن من السيّد وهو المالك للعين ، ولا يكفي فيه ملك المنفعة ، بخلاف غيره ، ولعلّ هذا هو السبب في اتفاقهم ظاهراً على كون المتولى للنكاح على التفصيل الّذي ذكرناه ، وإن كان هو أيضاً إن لم يكن إجماعاً محلاً للنظر ، بعد اقتضاء عقد الوقف تمليك سائر المنافع للموقوف عليه الّتي منها النكاح كما هو المفروض .

﴿ وكذا ولدها من نمائها ، إذا كان من مملوك أو من زنا ﴾ إذ هو كثمرة البستان ﴿ و ﴾ حينئذٍ ﴿ يختص به البطن الّذي تولد معهم ﴾ وإن كانوا غير من حصل العقد في زمانهم ، بل الظاهر اختصاص من كان علوقه في زمانهم وإن لم يولد ، خلافاً للمحكي عن الاسكافي والشيخ من تبعية الولد للأمّ في الوقف كالمدبّرة والمرهونة إذ هو بعد تسليم الحكم في المقيس عليه لا يصحّ عندنا ، بناء على حرمة القياس كما هو واضح .

﴿ فإن كان من حرّ بوطىء صحيح كان حراً ﴾ بلا خلاف ولا اشكال تغليبا لجانب الحرية بالتبعيّة لأشرف الأبوين ﴿ الا أن يشترطوا ﴾ عليه ﴿ رقيّته فى العقد ﴾ فإنّه يكون رقاً حينئذٍ ، خلافاً لبعض كما تسمعه في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى .

﴿ ولو وطأها الحرّ بشبهة ، كان الولد حرّا ﴾ لأنّها كان كالصحيح بالنسبة الى ذلك ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ عليه قيمته ﴾ طلقاً ﴿ للموقوف عليهم ﴾ بناء على ما عرفت كما لو وطأ غير الموقوفة شبهة ، لأنّه السبب فى اتلاف النماء على أهله كما هو واضح ، ومحرّر فى محلّه .

﴿ ولو وطأها الواقف كان كالأجنبي ﴾ بناء على خروجها عنه عينا ومنفعة بالوقف هذا كلّه في الوقف .

﴿ وأما الصدقة ﴾ غير الوقف الّتي قد تواتر ندبها والحثّ على فعلها حتّى صار ذلك من ضرورى المذهب ، بل الدين ، خصوصاً في شهر رمضان وخصوصاً على الجيران وخصوصا على الأرحام ، فانّ الصدقة بعشر[1] ، وصلة الإخوان بعشرين وصلة الأرحام باربع وعشرين وهي دواء المريض[2] ، ودافعه البلاء وقد أبرم ابراماً[3] ، وبها يستنزل الرزق[4] وتقع في يد الرب قبل يد العبد[5] ، وتقضي الدين وتخلف البركة وتزيد في المال ، ويستحب التكبير بها لدفع شر ذلك اليوم[6] وفي أوّل الّليل كذلك[7] وأنّها تدفع ميتة السوء والداء ، والدبيلة ، والحرق ، والغرق ، والهدم ، والجنون إلى أن عدّ سبعين باباً من السوء[8] إلى غير ذلك مما ورد فيها ، هذا .

ولكن قال الصادق عليه‌السلام : في خبر زرارة[9] « إنّما كان الناس على عهد رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله ينحلون ويهبون ، ولا ينبغي لمن أعطى لله شيئاً أن يرجع فيه ، قال : وما لم يعط لله

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب الصدقة .
(٢ـ٤) الوسائل الباب ـ ١ إلى ٢٠ ـ من أبواب الصدقة .
(٥ـ٧) الوسائل الباب ـ ١ إلى ٢٠ ـ من أبواب الصدقة .
(٨) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من أبواب الصدقة الحديث ـ ١ .
(٩) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من أبواب أحكام الهبات الحديث ـ ١ .

تعالى أو في الله تعالى ، فإنّه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز ، ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته » .

ولعلّ المراد على ما قيل : أنّ الناس كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله لا يتصدق بعضهم على بعض ، إذا أرادوا معروفاً فيما بينهم ، سوى الزكاة وما يعطى لأهل المسكنة ، بل كانوا يهبون وينحلون ، إمّا لإرادة تحصيل ملكة الجود ، أو لإرادة سرور الموهوب له ، والإثابة منه ، وغير ذلك ، وإنمّا صدقة بعضهم على بعض في غير الزكاة والترحم للمساكين أمر محدث ، أعني القصد بالهبة والنحلة لله تعالى شأنه المسمّى ذلك بالصدقة محدث ، كما يشهد لذلك في الجملة ما في خبر ولده [1] «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يتصدق بالصدقة أله أن يرجع في صدقته ؟ فقال : إنّ الصدقة محدثة ، إنّما كان النحل والهبة ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته حيز أو لم يحز ولا ينبغي لمن اعطى شيئاً لله عزّ وجلّ أن يرجع فيه » .

وربما احتمل كون المراد حدوث الصدقة بمعنى الوقف ، إلاّ أنّه كما ترى ، ومن هنا قال في محكي المبسوط : إذا قصد الثواب والتقرب بالهبة إلى الله تعالى سميّت صدقة ، وفرّق بذلك بينها وبين الهبة والهدية .

وفي الحدائق الظاهر أن أطلاق الصدقة على هذا المعنى المشهور المشروط بالشروط المعلومة أمر محدث ، لم يكن في زمنه صلى الله عليه وآله ، وانما كان الّذي في زمنه النحل والهبات ، والصدقة يومئذٍ إنّما تستعمل بمعنى الوقف ، كما في صدقات عليّ وفاطمة عليهم السلام والكاظم عليه السلام [2] ، ثمّ استدل على ذلك بخبر عبيد المزبور ، مدّعيا ظهوره في السؤال عن الصدقة المعهودة ، فأجاب بأنّها بهذا المعنى محدث ، وإنّما المستعمل يومئذٍ النحل والهبة ، ثمّ اجاب بان من أعطى لله أي قرن عطيته بالقربة صدقة أو هبة أو نحلة لا ينبغي الرجوع فيه ، وأمّا قوله ولمن وهب فالمراد به عدم القربة ، وفيه أن ما ورد من الكتاب والسنة بهذا اللفظ مراداً به هذا المعنى لا يكاد يحصى ، فليس المراد إلاّ حصول الحدوث بالمعنى الّذي ذكرناه ، ولعلة هو الذي ينطبق عليه ما

---

(١) الوسائل الباب -١٠- من أبواب أحكام الهبات الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٦- من أبواب أحكام الوقوف .

عن التذكرة والمسالك من أنّ الهبة أعمّ من الصدقة ، لاشتراطها بالقربة دونها ، وأن الهدية أخص من الهبة أيضا لأنّها تفتقر إلى حمل الهدي من مكان إلى مكان ، فلا يقال : أهدي إليه دارا أو عقاراً ، بل يقال : وهبه ذلك ، فلو نذر الهبة برىء بالصدقة والهدية ، ولو حلف أن لا يهب حنث إذا تصدق أو أهدى ، دون العكس ، وهل يعتبر في حدّ الهدية أن يكون بين المهدي والمهدى إليه واسطة أو رسول وجهان : أظهرها العدم وهو جيد ، إلاّ أنّك ستعرف أنها أعم منه من وجه .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ هي عقد يفتقر إلى ايجاب وقبول ﴾ بلا خلاف محقق أجده فيه ، بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندي والغنية والكفاية والمفاتيح الاجماع عليه ، بل صريح بعض وظاهر آخر اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها .

لكن في الرياض يعتبر فيها مَا يدّل على الايجاب والقبول ولو فعلا ، وفاقاً لبعض أصحابنا خلافاً لجماعة فاشترطوا فيها ما يشترط في العقود اللازمة ، واطلاق النصوص بلزوم الصدقة بعد القبض وقصد القربة يدفعه ، وهي وإن اشتملت ما ليس فيه ايجاب وقبول بالمرة ، إلا أنّ اعتبارهما ولو فعلا لازم البتة ، فإن مع عدمها لا يعلم كونها صدقة مضافاً إلى عدم انصراف الإطلاق بحكم التبادر إلى خلافها ، هذا مضافاً إلى الإتفاق في الظاهر على اعتبارهما الجملة ، وسيأتي عن المبسوط أنّ عليه اجماع الامامية ،وفيه أن ما ذكره أيضاً مناف للمتفق عليه في الظاهر من كونها عقداً بالمعنى المتعارف الّذي قد عبروا به في غيرها من العقود ، ومن المعلوم عدم تحققه اصطلاحاً بالايجاب الفعلي كما أنّ من المعلوم تحقق الصدقة بالأفعال ، ولو من الطرفين ، فلا محيص عن التزام أن لها عقداً أو معاطاة على نحو ما سمعته في البيع ، بل كان ينبغي التزام الجواز في الثاني وإن اندرج تحت اسم الصدقة على نحو اندراجها في اسم البيع ، إلاّ أنّ ظاهر قوله في نصوص المقام «أنّ ما كان لله تعالى لا رجوع فيه » يقتضي لزومها ، ضرورة استبعاد حمله على خصوص العقد منها ، كاستبعاد القول بجوازها وإن قصد الله تعالى شأنه فيها ، باعتبار عدم العقد فيها ، فيتعيّن القول بلزومها وإن كانت معاطاة ، إذ هو جهة غير جهة العقدية والمعاطاتية ، والمتّفق عليه في باب المعاطاة من الفرق بين العقد اللازم ومعاطاته بالجواز

وعدمه ، انما هو اذاكان اللزوم من جهة العقدية ، لا ما إذاكان من جهة هي متحقّقة في العقد ومعاطاته ، بل لولا الجهة المخصوصة لكان عقدها جايزاً ضرورة كونه حينئذٍ هبة ، وهي من العقود الجايزة .

ومن ذلك يعلم أنّه لا وجه لاعتبار ما يعتبر في العقود اللازمة من اللفظ المخصوص ونحوه ، ضرورة كون لزومها من جهة القربة لا من جهة العقدية ، فيه حينئذٍ كالهبة المعوّضة .

نعم يبقى شيء وهو احتمال دعوى أعمّية الصدقة من العقد ، ضرورة صدقها على الابراء المتقرّب به ، والوقف كذلك ، بل وعلى بذل الطعام والماء ونحوهما للفقراء والمساكين مثلاً ، وإن لم يكن على جهة معنى العقديّة الّذي هو قصد الارتباط بالايجاب والقبول ، ولقد كان علي ابن الحسين عليه‌السلام (1) « يتصدّق على الفقير في السرّ على وجه لا يحصل فيه معنى العقدية ، بل لا يبعد كونها دفع المال مجاناً قربة إلى الله تعالى شأنه ، فإن كان مورده الابراء ، كان صدقة وإبراء ، وإن كـان مورده الهبة ، كان هبة وصدقة ، وإن كان مورده الوقف ، كان وقفاً وصدقة ، وإن كان غير ذلك كان صدقة ، ومنه الزكاة والكفارة ونحوهما .

فالابراء حينئذٍ منه ما هو صدقة ، ومنه ما هو ليس كذلك ، وكذلك الهبة والوقف ، وحينئذٍ فيجرى على كلّ منها أحكام ذلك إلا الرجوع بها حيث تقوم مقام الهبة للعلة الّتي سمعتها ، وليست هى عقداً مستقلاً تقوم مقام المذكورات على نحو الصلح ، كما عساه يظهر من أفرادها بكتاب عن الهبة واطلاقهم كونها عقداً ، لكنّه ليس في محله عند التأمل ، وإلاّ لاحتاجت إلى القبول في قيامها مقام الابراء ، ومن المعلوم خلافه بل لم يجر حكم الابراء حينئذٍ على ما كان صدقة منه وكذا الوقف والهبة ، وبذلك يظهر أنّ ذلك ليس ممنوعاً لها عنها ، كما أومىء إليه الفاضل وغيره فيما سمعته من الحنث بالصدقة لو حلف أن لا يهب ولا يهدى .

وبذلك يظهر لك النظر فيما ذكره في جامع المقاصد حيث قال : «إن ما ذكروه فى الاحتجاج على أنّ الابراء لا يحتاج إلى القبول ، وهو قوله تعالى (2) «وأن تصدقوا خير لكم »

---

(1) الوسائل الباب – ١٣ – من أبواب الصدقة الحديث – ٨ .

(2) سورة البقرة الآية – ٢٨٠ .

حيث فسروا الصدقة هنا بالابراء ، يقتضى عدم اشتراط القبول ، ولا نية القربة » .

إذ هو كما ترى لا يقتضى إلاّ عدم اعتبار القبول في هذا القسم خاصة وأما اعتبار القربة فهو من مقوّماتها دونه ، فليس كلّ ابراء صدقة ، ولا كلّ صدقة ابراء ، وكذلك الهبة والوقف ، بل بينها وبين هذه العموم من وجه ، لما عرفت من صدق الصدقة على ما لا يندرج في شيء منه ، فليست هي الا لمعنى متّحد شامل للجميع ، وهذه افراده ، وكلّ فرد منها داخل تحت اسم آخر يلحقه حكمه ، وإن سمّي باعتبار قصد القربة فيه أنّه صدقة ، إلاّ أن ذلك كله مناف لظاهر جعلها عقداً مستقلاً عن الهبة ، الظاهر في مباينتها لها ، وأنّ التميز بينها وبين الهبة بالقصد وإن اتحد موردها ، وحينئذٍ لا تجتمع الصدقة العقدية مع غيرها من العقود أصلاً ، والهبة قربة إلى الله تعالى مع عدم القصد بأنّها صدقة تكون هبة لا صدقة ، وبالعكس صدقة لا هبة .

وبذلك يظهر النظر في جملة من الكلمات السابقة ، ولعله الى ذلك يرجع ما في المسالك وإن كان هو لا يخلو من نظر من وجه آخر ، قال : قد يلوح من بعض كلامهم عدم الإتّفاق على اشتراط القربة ، حيث استدلّوا على أنّ الابراء لا يحتاج إلى القبول بقوله تعالى [1] « وأن تصدقوا خير لكم » وفسروا الصدقة هنا بالابراء ، مع أنّه غير مفتقر الى القربة ، ويلزم منه عدم افتقارها إلى القبول أيضاً كذلك ، إلا أن يقال : إنّها تطلق على معنيين : خاصّ وعام ، وأنّ الابراء صدقة بالمعنى العام ، وكلامهم هنا في المعنى الخاص وقد تقدّم في الوقف أنّه صدقة ، والاخبار مشحونة به ، مع أنّ الأصحّ عدم اعتبار نيّة القربة فيه ، وهذه فوائد اعتبار معنى العام » .

﴿ و ﴾ كيف كان فتفتقر صحّتها مع الإيجاب والقبول إلى ﴿ اقباض ﴾ أي القبض بإذن ، بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به واحد ، بل قيل : إنّه قد يلوح الإجماع على ذلك ، أو يظهر مع المبسوط الراوندي بل عن التذكرة ، الإجماع عليه في موضعين وهو الحجّة بعد النصوص المذكورة في الوقف ، كحسنة عبيد بن زرارة [2] عن الصادق عليه‌السلام «في رجل يتصدّق على ولد قد أدركوا فقال : إذا لم يقبضوا حتى يموت

(١) سورة البقرة الآية — ٢٨٠ .
(٢) الوسائل الباب — ٣— من أبواب أحكام الوقوف الحديث—٥ .

فهو ميراث » وغيره ممّا تقدم سابقاً لما عرفت من أعمية الصدقة من الوقف ، فترك الاستفصـ
حينئذٍ يقتضي العموم ، بل قد يدعى أنّه المتبادر من نصوص الصدقة المشتملة على ذلك فإنّها
بمعنى الاعطاء صدقة ، بل ربما يستدل بأصالة عدم الصحة أيضاً ، إلاّ أنّه في غير محلّه ،
لانقطاعه بالعمومات .

نعم يتّجه الاستدلال عليه بما دلّ على اعتباره في الهبة بناء على أنها هي مع زيادة نيّة القربة
التي اقتضت عدم جواز الرجوع بها بعد اجتماع شرائط صحّتها الّتي منها الاقباض المزبور .

﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو قبضها المعطى له ، من غير رضا المالك لم ينتقل إليه ﴾
لعدم حصول الاقباض الّذي هو بمعنى القبض بالإذن ، كما في كلّ مقام كان القبض فيه من
شروط الصحّة ، لا لكونه منهياً عنه حينئذٍ بدون الإذن ، إذ هو معاملة لا ينافي ترتب أثره عليه
كونه محرّما ، ولكن الشرط الاقباض ولو للاجماع على ذلك ، لم يحصل الشرط حينئذٍ ، فلم
يترتّب عليه الأثر ، فضلاً عن عدم القبض أصلاً ، وارتفاع الضمان عن المبيع – بقبض
المشتري من دون إذن البايع – إنّما هو لعدم كون القبض فيه شرطا للصحّة ، كما في
الفرض ، لتمامية الملك بعقد البيع ، وإنّما وجب الإذن للتقابض الّذي هو مقتضى
المعاوضة ، وهو أمر خارج عمّا نحن فيه ، والضمان بالتلف قبل قبضه إنّما كان لفوات
المعاوضة ، فمع فرض تحقّقه تمتّ المعاوضة ، فلا ضمان بعد على البايع حينئذٍ من هذه
الجهة ، وإن كان القبض بغير إذنه .

نعم لا يرتفع الخيار مثلاً بهذا القبض ولا غيره من الأحكام الّتي تترتّب على القبض والله
العالم .

﴿ ومن شرطها ﴾ إن لم يكن من مقوّماتها ﴿ نيّة القربة ﴾ بلا خلاف أجده فيه
بل الاجماع بقسميه عليه ، والمناقشة في ذلك – وفي اعتبار القبول بقوله تعالى[1] «وأن تصدّقوا
خير لكم » المستدلّ به على الابراء – قد عرفت جوابها ممّا تقدّم ، كلّ ذلك مضافاً إلى حسني
حماد وصحيحه[2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام « لا صدقة ولا عتق الا ما أُريد به وجه الله عزّ

(١) سورة البقرة الآية – ٢٨٠ .

وجلّ » وصحيح محمّد بن مسلم[١] عن أبي جعفر عليه‌السلام « ولا يرجع في الصدقة إذا ابتغى وجه الله عزّ وجلّ » وخبر الحكم[٢] «إنّما الصدقة لله فما جعل لله فلا رجعة له فيه » وغير ذلك من النصوص الدالة عليه حتى النبوي[٣] المروي في الطرفين أنّ مثل الراجع في صدقته مثل الراجع في قيئه[٤]» .

﴿ و ﴾حينئذٍ فـ ﴿ لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصحّ ﴾ بل عن السرائر والتذكرة وظاهر المفاتيح وكذا الغنية الاجماع عليه ، للعموم المقتضى ذلك والخصوص الّذي عرفته ، و ﴿ لأنّ المقصود بها الأجر وقد حصل ، فهي كالهبة المعوض عنها ﴾ وكالعبادة الّتي لا خيار فيها ، مضافا إلى أولوية اللزوم في المقام منه في الهبة المنوى فيها القربة المحكي عليه الإجماع عن الإنتصار والغنية والتذكرة إن لم تكن هي ، كما عرفته سابقاً .

لكن مع ذلك كلّه عن المبسوط ، والمهذب وفقه الراوندى ان صدقة التطوع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام ، ومن شرطها الايجاب والقبول ، ولا تلزم إلاّ بالقبض أو مـا يجرى مجراه ، وكلّ من له الرجوع في الهبة ، له الرجوع في الصدقة ، ولا ريب في ضعفه وإن احتمل بناءه على عدم اعتبار القربة في الصدقة ، إذ هو لا يخفى عليك ما فيه ، بل المحكي عن صريحه التصريح باعتبار القربة في مفهومها ، فضلاً عن كونه شرطاً فيها ، وما أبعد ما بينه ، وبين المحكي عنه في النهاية ، والمفيد في المقنعة ، من أنّ ما تصدق به لوجه الله فلا يجوز أن يعود إليه بالبيع أو الهبة أو الصدقة ، وإن رجع بالميراث كان جائزاً ، ولعلّه لقول الصادق عليه‌السلام في صحيح منصور بن حازم[٥] « المحمول على الكراهة لمعارضته للعمومات الّتي هي أصول المذهب وقواعده ، بل عن المحقق حمل عبارة النهاية على ذلك ، بل عن ابن ادريس نفى الخلاف عن جواز الرجوع بذلك ، ولعلّه تحمل عبارة المقنعة على ذلك أيضاً[٥] .

---

(١) الوسائل الباب ـ ١٣ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ـ ٢ ـ ٣.

(٢ و ٤) الوسائل الباب ـ ١٣ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ـ ٧ و ٣.

(٥) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من أبواب أحكام الوقوف الحديث ـ ١.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الصدقة المفروضة ﴾ أو الزكاة منها خاصة ﴿محرّمة على بني هاشم إلاّ صدقة الهاشمي أو صدقة غيره عند الاضطرار ، ولا بأس بالصدقة المندوبة عليهم ﴾ مطلقاً أو ما عدا النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام منهم ، كما تقدّم الكلام في ذلك مفصلاً .

ومن الغريب أنّه بناء على أن الصدقة هي الهبة المتقرب بها وكذا الهدية وأنّ المندوبة محرّمة على النبيّ صلى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام يتوجّه تحريمها حينئذٍ عليهم إلاّ مع عدم ملاحظة القربة ويمكن القطع بعدمه ، ومنه يعلم كون كلّ منها مفهوماً مستقلاً عن الآخر .

﴿ مسائل ثلاث ﴾

﴿ الأولى ﴾ : قد عرفت أنه ﴿ لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء عوض عنها أو لم يعوّض ، لرحم كانت أو لأجنبي على الأصحّ ﴾ خلافاً لمن سمعت ، فجعل حكمها حكم الهبة ، لأنّها قسم منها ، وقد عرفت ضعفه .

ولكن لا يخفى أنّ مرجع ذلك ومرجع ما سمعته عن التذكرة وغيرها أنّ الصدقة حينئذٍ من الأوصاف اللاّحقة للهبة ، وليست عقداً مستقلاً مقابلاً لها ، وحينئذٍ فإذا أفسدت النيّة فيها بمنافاة الاخلاص ونحوه يتّجه ثبوت حكم الهبة لها حينئذٍ فله الرجوع بها حينئذٍ مع عدم العوض ، وعدم كونها لرحم ، وإلاّ فلا يجوز ، أما على ما قلناه من كونها عقداً مستقلاً فالمتّجه بطلان العقد حينئذٍ بفساد شرطه ، فتأمل جيداً والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : يجوز الصدقة على الذمّي ﴾وغيره من الكافر غير الحربي ﴿ وإن كان أجنبيا ﴾ على الأصحّ ﴿ لقوله صلى الله عليه وآله « على كلّ كبد حرّاء أجر[1] » ولقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرّوهم وتقسطوا اليهم[2] » وغير ذلك ممّا سمعته في الوقف ، فإن المسألة من واد واحد دليلاً ، وخلافاً والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب – ١٩ – من أبواب الصدقة الحديث – ٢ والمستدرك ج١ ص ٥٤٦.

(٢) سورة الممتحنة الآية – ٨.

المسألة ﴿ الثالثة : صدقة السّر ﴾ الّتي تطفىء غضب الرب [١] ﴿ أفضل من ﴾ صدقة ﴿ الجهر ﴾ بلا خلاف أجده فيه بل في المسالك هو موضع وفاق ، قال الله تعالى[٢] «وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم» وعن الصادق عليه‌السلام [٣] « والله الصدقة في السرّ أفضل منها في العلانية » إلى غير ذلك ، ﴿ الاّ أن يتّهم في ترك المواساة ، فيظهرها دفعاً للتهمة ﴾ الّتي تجنب عنها سيّد الرسل صلى‌الله‌عليه‌وآله مع بعده عنها فضلاً عن غيره أو قصد الاقتداء به ، أو ترغيب الناس ، أو نحو ذلك ممّا يقترن به الجهر على وجه يرجّح على مراعاة السرّية الّتي هي أرجح من الجهرية من حيث نفسها .

نعم في الدروس وغيرها تخصيص ذلك للمندوبة ، أما الواجبة فالأفضل اظهارها ، كما عن تفسير عليّ بن ابراهيم روايته عن الصادق عليه‌السلام ، ولبعدها عن تطرق الرّياءَ، وللأمر بحملها إلى الإمام المنافي للكتمان ، بل عن ابن عبّاس [٤] «أن صدقة السر في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفاً ، وصدقة الفريضة علانيتها أفضل من سرها بخمسة وعشرين ضعفاً » لكن المصنف وغيره أطلقوا افضلية السرّ ، وهو لا يخلو من وجه والأمر سهل بعد ايكال الأمر الى عالم السرّ والجهر ، والله العالم .

ويكره الصدقة بجميع ماله على ما صرّح به غير واحد ، ولعله لقوله تعالى [٥] «يسئلونك ماذا ينفقون ، قل العفو » أي الوسط وقوله تعالى [٦] «ولا تبسطها كل البسط [٧] » «وإذا أنفقوا لم يسرفوا » قوله صلى‌الله‌عليه‌وآله [٨] «أفضل الصدقة عن ظهر غنى » لكن لا يخفى عليك رجحان مقام الإيثار الّذي أشار إليه ربّ العزّة بقوله[٩] «ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة » وفعله الاولياء ولعله لذا قال في الدروس : «ويكره أن يتصدّق بجميع ماله إلاّ مع وثوقه بالصبر ولا

---

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقة الحديث-١.
(٢) سورة البقرة الآية - ٢٧١.
(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقة الحديث-١.
(٤) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المستحقين للزكاة الحديث - ١ .
(٥) المستدرك ج١ ص ٥٣٤ .
(٦) سورة البقرة الآية - ٢١٥.
(٧) سورة الاسراء الآية - ٢٩ .
(٨) سورة الفرقان الآية - ٦٧.

عيال له » وكأنّ الرجوع في ذلك كلّه إلى الموازين الشرعية – المختلفة باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال – هو المتّجه في ذلك وفي غيره ، كالصدقة وعنده عيال محتاجون أو عليه دين الّتي نفى استحبابها في الأوّل في القواعد ، وعن غيرها ، وحكم بكراهتها في الثاني .

لكن من المعلوم إرادة قلّة الثواب من ذلك ، نحو الصدقة على الأجنبى مع حاجة القريب الّذي ورد فيها (١) «لا صدقة وذو رحم محتاج » المراد منها المرجوحية بالنسبة إلى تلك ، الّتي سئل النبيّ صلى الله عليه وآله (٢) أيّ الصدقة أفضل ؟ قال على الرحم الكاشح » هذا .

وقد تضمنت النصوص وظائف كثيرة للصدقة ، كما أنّها تضمنّت الحكم بالصدقة في جملة من الأمور كالتوسعة على العيال ، وبذل الجاه ، والكلمة الليّنة ونحو ذلك ممّا مراد منها مشابهتها فى الفصل ، لأنّها منها حقيقة ، فلاحظ وتدبر ، والله العالم والموفق والمؤيّد والمسدّد .

(١) سورة الحشر الآية – ٩.

(٢) الوسائل الباب – ٢٠ – من أبواب الصدقة الحديث – ٤ – ١.

﴿ كتاب السكنى ﴾ وأختيها ﴿ والحبس ﴾

﴿ وهي عقد ﴾ بالمعنى الأعم الشامل للمعاطاة بناء على مشروعيتها ﴿ يفتقر ﴾ في الصحّة ﴿ إلى ﴾ معنى ﴿ الإيجاب والقبول ﴾ ولو فعلا بلا خلاف ولا إشكال ، ويفتقر في اللزوم إلى اللفظين منه على نحو غيرها من العقود اللازمة الّتي شرعت المعاطاة فيها ، على أنّها من أفرادها ولا فرق في ذلك بين كونها مطلقة ، أو مقترنة بمدّة أو عمر ، كما هو ظاهر الأصحاب ، وجواز الرجوع بها في الأوّل متى شاء لا ينافي افتقار مشروعيتها إلى معنى الإيجاب والقبول ، على حسب ما سمعته في العقود الجايزة على أن الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة إلى مسمّى الإسكان ، وجواز الرجوع لمكان تحقق مقتضاها لا لكون العقد جائزاً ، وإلاّ لجاز عدم إسكانه أصلاً والأمر في ذلك سهل .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿ القبض ﴾ فلا خلاف أجده في اعتبارها فيها أيضاً ، بل في الرياض عن ظاهر جماعة وصريح آخر الإجماع عليه . نعم في جامع المقاصد ينبغي أن يكون اشتراطه على القول باللزوم ، أما على عدم اللزوم فإنّه بمنزلة العارية ، والظاهر أنّ مراده ما في الروضة من أنّه إنّما يشترط على تقدير لزومها ، أما لو كانت جائزة فالإقباض شرط في جواز التسلط على الانتفاع ، ولما كانت الفائدة بدونه منتفية ، أطلق اشتراطه فيها ، وإلاّ فلا يخفى عليك عدم منافاة شرطيته لجوازه ، كما في القبض بالنسبة إلى الهبة ، على معنى عدم تحقق أثر العقد إلاّ به ، هذا .

وعن المبسوط والمهذب وفقه الراوندي والسرائر وغيرها أنّه يفتقر في صحتها إلى الإيجاب والقبول ، ولزومها إلى القبض ، ولعلّه لا يخلو من قوّة ، لأنّ العمدة في اشتراطه اجماع الخلاف ، وهو أنّه إنّما يقتضيه ، لا الصحّة الّتي هي من مقتضى العمومات والإطلاقات قال في

المحكي عنه : «اذا أتى بواحدة منها أى العقود الثلاثة ، وأقبضه فقد لزمت العمرى ، ثمّ ادّعى عليه اجماع الفرقة وأخبارهم .

لكن ظاهر الأكثر وصريح بعض أنّه شرط في الصحة ، بل الظاهر أنّه معقد ما سمعته من الرياض ، ولعلّه لكونها من لواحق الوقف أو الهبة ، بل في المحكي من كلام ابن حمزة اعتبار نيّة القربة في صحّتها أيضاً ، ولا دليل عليه ، بل لا دليل على اعتباره فى لزومها أيضاً كما هو المحكي عن المقنعة والكافي وجامع الشرايع والغنية ، بل ظاهر الأدلة كعموم «أوفوا[1] » و «المؤمنون »[2] وغيرهما لزومها بدون ذلك ، وغيرها .

ومن هنا كان ظاهر الأكثر أو المشهور ما هو صريح جماعة من عدم اعتبارها في الصحّة واللزوم ، وإن توقف عليها حصول الثواب . نعم في جواز السكنى المطلقة أو لزومها في المسمى خلاف تسمع تحريره إن شاء الله .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ فائدتها التسلّط على استيفاء المنفعة ﴾ تمام المدّة المشترطة ﴿ مع بقاء الملك على ﴾ ملك ﴿ مالكه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، إلاّ ما يحكى عن الشيخ والراوندى وابن البراج من اقتضائها نقل العين في خصوص ما لو قال : هذه الدار لك عمرك ولعقبك من بعدك ، مع أنا لم نتحقّق ذلك عن الشيخ وابن البرّاج ، بل المتحقق عن أوّلها خلافه ، وإن حكى عنه ما يوهم ذلك ، وعلى تقديره فلا ريب فى ضعفه ، ضرورة عدم اختلاف مقتضاها باختلاف كيفيّة تعلّقها ، مع أنّ الأصل بقاء الملك على ملك مالكه ، كما ستسمع تحقيق الحال فيه .

وإنّما غرض المصنف وغيره فيما ذكره التنبيه على خلاف بعض العامة حيث جعلها مفيدة فائدة الهبة على بعض الوجوه ، فينتقل ملك العين إلى الساكن وهو واضح الفساد . والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يختلف عليها ﴾ أي السكنى ﴿ الأسماء بحسب اختلاف الاضافة ، فإذا اقترنت بالعمر قيل : عمرى ﴾ وسكنى ﴿ وبالإسكان ﴾

---

(١) سورة المائدة الآية -١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث -٢ .

وحده ﴿ قيل : سكنى ﴾ خاصّة ﴿ وبالمدّة ﴾ المعيّنة ﴿ قيل : ﴾ سكنى و ﴿ رقبى ﴾ إمّا من الإرتقاب ، أو من رقبة الملك ، فالسكنى حينئذٍ مع تعلقها بالمسكن ، وكـون الصيغة بلفظها أعم منهما ، وإن كانا هما أعمّ منها من وجه آخر وهو فيما إذا كانت الصيغة بلفظ أعمرتك وأرقبتك فإنّهما حينئذٍ عمرى ورقبى ، ولا يقال : سكنى ، أو كان موردهما غير المسكن بل دابة ونحوها ، كذا في المسالك حاكياً له عن الأكثر ، بل ستسمع فيما يأتي التصريح منه بأن العمرى والرقبى المتعلقة بالمسكن هما كالسلم والصرف بالنسبة إلى البيع ، أي قسم خاص من السكنى .

لكن لا يخفى عليك أوّلاً : أن مقتضاه اطلاق السكنى عليهما وإن كانت الصيغة بلفظهما ، كاطلاق البيع على السلم والصرف .

وثانياً : أنّ المعلوم من النصّ والفتوى تباين العقود ، وأنّه لا يجتمع عقدان في عقد واحد ، ضرورة كون كلّ منهما سبباً مستقلاً في نفسه ، كما أنّ المعلوم منهما هنا أنّ هذه العقود الثلاثة كغيرها من العقود ، بدليل – اختلاف مواردها في كثير من المقامات – وغيره ، ومع فرض اتّحاد موردها واتّحاد الصيغة القابلة لكل منها يجب التمييز بالنية والقصد ، كالصلح والبيع والهبة المعوضة .

بل قد يظهر من المحكى عن التحرير عدم إمكان اجتماعها أصلا ، قال : «إن كانت السكنى مطلقة أو يقول أسكنتك عمرى أو عمرك ، أو مدّة معيّنة من الزمان قيل : سكنى ، وإن قيّدت بالعمر بأن يقول : أعمرتك مدّة عمرك أو عمرى قيل : عمرى وإن قرنت بالمدة قيل : رقبى ، بأن يقول : أرقبتك هذه الدار مدّة » ضرورة ظهوره في اعتبار تحقّق كلّ منها الصيغة باسمها بل لعلّ التباين ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي .

قال في الاولى : «العمرى أن يجعل منفعة داره أو ضيعته لغيره مدّه حياته ، والرقبى أن يجعلها مدّة معلومة ، والسكنى أن يجعل سكناها لغيره مدّة عمر احدهما » .
وفي الثاني : السكنى أن يجعل منفعة سكناها لغيره مدّة معلومة ، والرقبى أن يسكنه فيها مدّة حياة المالك ، والعمرى أن يسكنه فيها طول عمر المُعْمَر » أى الغير .

وعن المبسوط والخلاف والمهذب وفقه القرآن للراوندى والغنية والسرائر أنّ صورة الرقبى صورة العمرى ، إلاّ أن اللفظ يختلف ، فإنّه يقول : أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي ، والرقبى يحتاج أن يقول أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك أو حياتي بل عن المبسوط لا فرق بينهما عندنا ، وعن المهذب وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهبا لنا .

وفي محكي التذكرة عن عليّ عليه السلام[1] « الرقبى والعمرى ، سواء» وفي محكي الخلاف أنّ العمرى عندنا سكنى ، وعن الجامع أنّ العمرى والرقبى بحكم السكنى ، وعن صيغ العقود أن العبارات شتى والمقصود واحد ، وعن المختلف بعد أن ذكر كلام المبسوط والمهذب والوسيلة والكافي والسرائر قال : وهذه اختلافات لفظية .

قلت : لا إشكال في أن المفاد واحد مع فرض كون المورد المسكن ، إلاّ أنه تظهر الثمرة مع فرض التباين بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجميع ، كما في كلّ مشترك ، وقصد القدر المشترك غير كاف ، لعدم ثبوت مشروعيته لنفسه ، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخيص كونه بيعاً أو صلحاً أو هبة معوّضة ، والفرض صلاحية المورد ، فإن كان المراد من الوحدة والتسوية بالنسبة إلى النتيجة أو بالنسبة إلى أكثر الأحكام الثابتة لها ، فكذلك ، وإن أريد بالوحدة الاتّحاد بالعقد وإن تكثرت أسماؤه باعتبار الفاظه فخلاف ظاهر النصّ والفتوى أنّها عقود مستقلة مختلفة المعاني ، بل لو أريد من مورد أحدها الآخر بطل ، نحو ما يراد من البيع الصلح ، وبالعكس ، إلاّ بناء على جواز انشاء العقد اللازم بالمجاز ، والفرض قصد المعنى المجازى ، أما مع عدمه فلا ريب في بطلانه ضرورة كونه حينئذٍ كإرادة الإجارة بالبيع ، وبالعكس ، فتأمل .

ومن ذلك يظهر أنّ الأولى قصد السكنى والعمرى في اللفظ المشتمل عليهما ، وكذا اللفظ المشتمل على المدّة المعيّنة وربما تسمع لذلك تتمة إن شاء الله تعالى .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ العبارة عن العقد أن يقول : اسكنتك أو أعمرتك أو

(١) المستدرك ج٢ ص ٥١٣.

أرقبتك أو ما جرى مجرى ذلك ، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمرى أو مدّة معينة ﴾ بلا خلاف ولا اشكال في أصل جواز العقد بذلك .

إنّما الكلام في حصره بذلك ، وقد قدّمنا سابقاً تحقيق الحال في سائر العقود اللازمة ، فضلاً عن غيرها بالنسبة إلى خصوص اللفظ وبالنسبة إلى اعتبار الماضوية وغيرها فلاحظ وتأمل .

لكن عن التذكرة هنا أو يقول : أرقبتك هذه الدار ، وهي لك مدّة حياتك أو وهبت منك هذه الدار عمرك على أنك إن متّ قبلي عادت إليّ ، وإن متّ قبلك استقرّت عليك ، قيل : وظاهره الملك للعين مستقراً كما حكاه هو وغيره عن بعض العامة ، ويمكن ارادة الاستقرار للمنفعة بقيّة العمرلمعلوميّة مخالفة الأوّل لظاهر المذهب وأن يكون مراده صحّة الهبة على هذا الوجه ، ولكن جاء بها في المقام لأنّ لها شبهاً بالعمرى من حيث التقييد به ، لا عقد العمرى بلفظ الهبة الّذي قد يشكل بأنّه مجاز فلا يعقد به العقد اللازم بناء على المعروف عندهم ، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال .

ثم إنّه غير خفي عليك وجه المناسبة في العمرى ، أمّا الرقبى فالظاهر أنّها من الارتقاب الّذي هو الانتظار ، لانتظار كلّ منهما المدّة المضروبة ، أو من رقبة الملك باعتبار دفع الرقبة إليه لإستيفاء المنفعة ، وعن بعض أصحابنا أنّ الرقبى أن يقول : جعلت خدمة هذا العبد لك مدّة حياتك أو مدّة حياتي ، وكأنّه أخذها من رقبة العبد إلاّ أنا لم نعرفه ، كما اعترف به غيرنا .

بل في الحدائق انكار أصل عقد الرقبى ، لعدم وجود لفظها في شيء من نصوصنا ، وإن كان فيه عدم اعتبار ذلك في ثبوت العقد ، خصوصاً بعد المرسل عن علي عليه السلام المتقدم[1] ، بل عن الخلاف نسبته إلى أخبارنا ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تلزم ﴾ السكنى وأختاها ﴿ بالقبض ﴾ بعد فرض اجتماع غيره ممّا يشترط فيها ﴿ قيل : ﴾ والقائل أبو الصلاح في المحكي عن كافيه ، بل لعلّه ظاهر المحكي عن المقنعة والغنية ، وجامع الشرايع ﴿ تلزم ان قصد به القربة ﴾ وإلاّ فلا .

---

(١) المستدرك ج٢ ص ٥١٣.

﴿ والأوّل أشهر ﴾ بل المشهور في المسالك هو المعروف من مذهب الأصحاب ، بل فيها أيضاً لم نقف على قائل بالقولين الآخرين ، بل في محكي الخلاف إذا أتى بواحدة منها أي العقود الثلاثة وأقبضه فقد لزمت العمرى ، ثمّ ادعى عليه اجماع الفرقة واخبارهم ، ولعله الحجّة مضافاً إلى قاعدة اللزوم واستصحابه .

وخبر أبي الصباح الكناني [١] عن أبي عبد الله عليه السلام «سئل عن السكنى والعمرى فقال : إن كان قد جعل السكنى في حياته فهو كما شرط ، وإن كان جعلها له ولعقبه بعده حتى يفنى عقبه ، فليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل» .

ومضمر حمران [٢] «سألته عن السكنى والعمرى ؟ فقال : إنّ الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته ، وإن كان لعقبه فهي لعقبه كما شرط حتى يفنوا ، ثمّ ترد الى صاحب الدار» .

وحسن الحلبي أو صحيحه [٣] عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده ، قال : يجوز ، وليس لهم أن يبيعوا ولا يرثوا ، قلت : فرجل أسكن رجلاً في حياته قال : يجوز ذلك ، قلت : فرجل أسكن رجلا داره ، ولم يوقت ، قال : جائز ويخرجه إذا شاء» المعلوم إرادة المضي من الجواز فيه خصوصاً بملاحظة ذيل الخبر ، وما تقدمه من النصوص المراد منها لزوم الشرط على حسب ما شرط .

وكذا صحيح الحسين بن نعيم [٤] عن الكاظم عليه السلام «سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته أوله ولعقبه من بعده ، هل هي له ولعقبه كما شرط ؟ قال : نعم قلت فان احتاج يبيعها قال : نعم ، قلت فينقض بيعه الدار السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع ، كذلك

---

(١) الوسائل الباب -٣- من أبواب أحكام السكنى الحديث - ١ .
(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢ .
(٣) الوسائل ذكر صدره في الباب - ٣ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢ وذيله في الباب-٣-الحديث-١ .
(٤) التهذيب ج ٩ ص ١٤١ الحديث - ٤٠ الفقيه ج ٤ ص ١٨٥ .

سمعت أبي عليه السلام يقول ؛ قال أبو جعفر عليه السلام : لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ، ولكن يبيعه على أنّ ، الّذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتّى تنقضى السكنى على ما شرط ، وكذلك الاجارة » .

كما صرّح به في خبر أحمد بن عمر الحلبي [١] عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل أسكن داره رجلاً في حياته ؟ قال : يجوز له وليس له أن يخرجه ، قال : قلت فله ولعقبه ؟ قال يجوز له ، وسألته عن رجل أسكن رجلاً ولم يوقت له شيئاً قال يخرجه صاحب الدار إذا شاء » .

إلى غير ذلك من النصوص الّتي لا يعارضها خبر أبي البختري [٢] المروي عن قرب الاسناد عن جعفر عن علي عليه السلام «أن السكنى بمنزلة العارية إن أحبّ صاحبها أن يأخذها أخذها ، وإن أحبّ أن يدعها فعل أيّ ذلك شاء » القاصر عن ذلك من وجوه مع أنّه محمول على السكنى المطلقة ، بل لعلّها هي السكنى ، وأمّا المحدود بالعمر والمدّة المعيّنة فهي العمرى ، والرقبى ، كما سمعت الكلام فيه سابقاً ، واطلاق المصنف وغيره هنا لزومها منزّل على غير هذا الفرد الّذي سيصرح المصنّف بحكمه ، مع إمكان إرادته الاطلاق حتى بالنسبة إليه لكن في مسمّاها خاصّة ، كما سمعته من الفاضل بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة على ما ستعرف .

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك ضعف القولين المزبورين اللّذين لم نتحقق أوّلها كما لم نعرف دليله ، سوى الخبر المزبور المعارض بما عرفت وبما دل سابقاً من النصوص على عدم جواز الرجوع بما اعطى لله تعالى شأنه ، إن كان مراده الجواز حتى في هذا الفرد ، بل ولا دليل الثاني منهما الا العمل به أيضاً وبنصوص ما أعطى لله تعالى شأنه لا يجوز الرجوع فيه ، إلا أن الجميع كما ترى مناف لقواعد الاستنباط ، والجمع بين جميع الأدلّة بعد وزنها بموازين القسط . والله العالم .

﴿ ولو قال : لك سكنى هذه الدار ﴾ مثلاً ﴿ ما بقيت ﴾ أنت ﴿ أو ﴾ ما ﴿ حييت ﴾ أنت ﴿ جاز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لعموم الأدلّة ،

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ الحديث - ٣٦ الفقيه ٤ ص ١٨٦ .
(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٣ .

وخصوصها الّتي تقدمت الإشارة إليها ﴿ و ﴾ مقتضاها أن السكنى ﴿ ترجع إلى المسكن بعد موت الساكن ﴾ لأنّ ، ذلك هو مقتضى شرطه الّذي شرطه .

لكن قال المصنّف : ﴿ على الأشبه ﴾ مشعراً بوجود الخلاف فيه بيننا ، ولم نجده كما اعترف به غيرنا أيضاً ، بل في محكى المبسوط أنّه الصحيح على مذهبنا ،، بعد أن حكى في المسألة قولين الصحّة والبطلان ، وأن القائلين بالصحّة منهم من قال : إنّها تكون للعمر مدّة بقائه ولورثته بعده ، ومنهم من قال : إنّه إذا مات رجعت إلى المعمر أو ورثته إن كان هو مات ، وظاهره ان هذه الأقوال للعامة خصوصاً بعد أن كان المحكي عن أكثر أصحاب الشافعي استظهار البطلان من قوله في القديم ، إلاّ أبا اسحاق منهم ، فإنّه استظهر منه الصحّة ، والرجوع بموته إلى المالك أو ورثته ، وأمّا القول بالصحّة وأنّها ترجع إلى ورثته الساكن ، كالهبة فهو قوله في الجديد ، فكان الّذي ينبغي ترك قول المصنّف «والأشبه» هذا كلّه مع الاطلاق .

﴿ وأما لو قال فإذا متّ رجعت إليّ فإنّها ترجع قطعاً ﴾ بلا خلاف ولا إشكال بل عن المبسوط والخلاف اجماع الفرقة عليه ، مع زيادة وأخبارهم في الثاني ، وإن كان لا فرق بين ذلك والأوّل سوى التصريح وعدمه ، وهو ليس فارقاً كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو قال : أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك ، كان عمرى ﴾ فيجرى عليها حكمها من لزومها ما دام العقب ، فإذا انقرضوا رجعت المنفعة إلى المالك .

وأمّا العين فهي على ملك المال ﴿ ولم تنقل منه إلى المعمر ﴾ بالفتح ﴿ وكان كما لو لم يذكر العقب ، على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده والنصوص المتقدمة سابقاً بل في ظاهر المحكي من التذكرة في مواضع وجامع المقاصد الاجماع عليه .

لكن عن المبسوط . إذا قال : لك عمرك ولعقبك من بعدك ، فإنّه جائز ، لما رواه جابر[1] «وأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم قال : أيمّا رجل أعمر عمرى له ولعقبه ، فإنّما هي للّذي يعطاها لا ترجع للّذي أعطاها ، فإنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث» .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٥ .

قيل وظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه اذ لولا ذلك لكان احتجاجه بالاخبار الّتي ذكرها هو في التهذيب كرواية أبي الصباح وغيرها أولى ، وفيه أنّه يمكن إرادة اثبات أصل المشروعية الّذي أفتى به بالخبر المـزبـور ،ومن ثمّ لم يذكروا خلافه ، بل عن بعض نسخ الكتاب أنّها خالية عن لفظ الأشبه .

نعم يحكى عن فقه القرآن للراوندى الفتوى بمتن الخبر المذكور ، من دون نسبة إلى رواية ، ولا ريب فى ضعفه ، ضرورة كون الخبر عامياً معرضاً عنه منافياً لظاهر النصوص المزبورة ، بل ولأصول المذهب وقواعده ، إذا أُريد النقل إليه وإن لم يقصده الناقل . والله العالم .

﴿ وإذا عين للسكنى مدّة ، لزمت بالقبض ﴾ لما عرفته سابقاً ﴿ ولا يجوز الرجوع فيها إلاّ بعد انقضائها ، وكذا لو جعلها عمر المالك لم ترجع ﴾ السكنى ﴿ وإن مات المعمر ﴾ بالفتح لجميع ما تقدم من أدلة اللزوم ، ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ ينتقل ما كان له إلى ورثته ﴾ كغيرها من الحقوق والأملاك ، ﴿ حتى يموت المالك ﴾ بل عن الشيخ في الخلاف أنّ عليه اجماع الفرقة وأخبارهم ، معتضداً بما في المسالك وعن غيرها من نفي الخلاف فيه .

وإن كان قد يناقش بما عن المصنف فى المحكى من نكت النهاية قال : « إنّ الّذي يرجح في ذهني أنّه لا تكون لعقبه السكنى إلاّ إذا جعلها له ولعقبه بعده ، ولو جعل السكنى له مدّة حياة المالك ولم يتلفظ بجعلها العقبة ، ومات المجعول له بطلت السكنى ، لأنه ليس بتمليك ، بل هو أشبه شيء بالإباحة ، فلا يتعدى المجعول له وما ذكره فى النهاية مطالب بدليله » .

وفيه : إنّ الدليل ما عرفت من الإجماع المزبور وغيره ، وبل خبر محمّد بن قيس [1] في أحد احتماليه قضى في العمرى أنّها جائزة لمن أعمرها ، فمن أعمر شيئاً ما دام حيّاً فإنه لورثته إذا توفّي .

لكن الإنصاف عدم خلوّ كلامه من قوّة بناء على ما تسمعه من ظهور اطلاق السكنى في سكناه خاصّة ، ومن يتبعه فى العادة ، وأنّه ليس له اسكان غيره ، ولا إجارته ، اللهمّ إلاّ أن

(١) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام السكنى الحديث – ٢ .

يقال : إنّ ذلك لا ينافي كون السكنى حقّاً له على وجه الصلح عنه للمالك ، وحينئذٍ يتّجه انتقاله إلى الوارث ، وإن لم نجوز له سكناه ، ولكن يكون الحقّ له على وجه له الصلح عنه من المالك ، فيكون إسقاطا ، إذ لا تلازم بين تعذر السكنى بموت أو حبس مثلاً وبقاء الحق المزبور ، وبهذا يجمع بين كلامهم هنا وكلامهم الآتى ، أو يحمل هذا على ما إذا كانت العمرى على وجه تنتقل إلى الوارث باعتبار التصريح فيها على أنّها له يفعل فيها ما شاء ، وكلامهم الآتي إنمّا هو في الإطلاق المنزل على إرادة الخصوصية الّذي يقوى فيه ما سمعته من المصنّف فلاحظ وتأمل جيداً .

﴿ ولو قرنها بموت المُعْمَر ﴾ بالفتح ﴿ ثمّ مات ﴾ المالك قبله ، لم يكن لورثته إزعاجه ، لقاعدة اللزوم وغيرها ممّا عرفته سابقاً ، بلا خلاف معتدّ به أجده فيه ، سوى ما يحكى عن أبي علي من التفصيل بأنّه إن كانت قيمة الدار يحيط بها ثلث الميّت لم يكن لهم إخراجه ، وإن كان ينقص عنها كان ذلك لهم ، وهو مع شذوذه مخالف للقواعد والضوابط ، فضلا عن الأدلة السابقة .

ولم نعثر له على شاهد سوى خبر خالد بن نافع البجلّي [1] عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مدةّ حياته ، يعنى صاحب الدار ، فمات الّذي جعل السكنى ، وبقى الّذي جعل له السكنى ، أرأيت إن أراد الورثة أن يخرجوه ألهم ذلك ؟ فقال : أرى أن يقوّم الدار بقيمة عادلة ، وينظر إلى ثلث الميّت ، فإن كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار ، فليس للورثة أن يخرجوه ، وإن كان الثلث لا يفي بثمن الدار فلهم أن يخرجوه ، قيل له : أرأيت إن مات الرجل الذى جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار تكون السكنى لورثة الذى جعلت له السكنى ؟ قال : لا » .

وهو مع ضعف سنده واضطراب متنه حتى قال الشيخ : ما تضمّنه الخبر المزبور من قوله «يعنى صاحب الدار » غلط من الراوى ووهم منه فى التأويل ، لأنّ الاحكام الّتي ذكرها

---

(١) الوسائل الباب –٨– من أبواب أحكام السكنى الحديث – ١ –٢ .

بعد ذلك إنما تصحّ إذا كان قد جعل السكنى حياة من جعلت له السكنى فحينئذٍ يقوّم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه ، ولو كان جعل له مدّه حياته يعنى صاحب الدار لكان حين مات بطلت السكنى ، ولم يحتج معه إلى تقويمه ، واعتباره بالثلث وربما استظهر من هذا الكلام موافقة الشيخ لابن الجنيد .

وفيه : أنّه يمكن إرادته بيان بطلان هذا التأويل بعدم جريان الاحكام المزبورة عليه ، أما إذا جعل عمر الساكن والفرض حياته ، وموت المالك فيمكن جريان الحكم المزبور ، بعد إرادة منفعة الدار من الدار فيه ، وإرادة تسلطهم على الإخراج بالنقصان لثبوت حق لهم في الجملة ، لا البطلان أصلاً ، ولو بحمله على الوصية أو على التنجيز في مرض الموت ، أو على ما يوافق كلام الإسكافي أو غير ذلك .

ومن هنا قال غير واحد : إنّ في متن الخبر المزبور إضطراباً وخللاً ، فكيف يخرج بمثله عن مقتضى الأدلة السابقة . فمن الغريب بعد ذلك كلّه وسوسة الخراساني في الكفاية في المسألة بعد أن لم نجد موافقاً للإسكافي من زمنه إلى زمنه إلاّ ما سمعته من الشيخ .

هذا كلّه اذا مات المالك والمعمر حيٌّ أما إذا مات هو والفرض أن الغاية عمره ﴿ لم يكن لوارثه ﴾ شيء ﴿ ورجعت الى المالك ﴾ بلا خلاف ولا إشكال والله العالم .

ثمّ لا يخفى عليك أنّ مورد النصوص فى العمرى عمر أحدهما وعمر عقب المعمر بالفتح لكن يقوى في النظر التعدّي إلى غير ذلك من عمر الأجنبي كما عن الشهيد الفتوى به في بعض فوائده ، ونفى عنه البأس في المسالك وبعض مـن تأخّر عنها ، لعموم «الأمر بالوفاء ، بالعقود[1] » ، «والمؤمنون[2] » وخصوص مضمر حمران[3] وغيره مما تقدم سابقاً ، ولصدق اسم العمرى في الجملة ، المدلول على شرعيتها في بعض الاخبار من غير تقييد بعمر أحدهما ، كما في المسالك ، بل مقتضى ذلك التعدي إلى غير ذلك من عمر حيوان بل جماد ، ولو نفس العين

(١) سورة المائدة الآية -١ .
(٢) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب المهور الحديث - ٢ .
(٣) الوسائل الباب -٢- من أبواب السكنى الحديث - ١ .

الّتي هي مورد العمرى ، وإن كان الأحوط عدمه ، وأحوط منه الاقتصار على ما في خصوص النصوص .

وعلى كلّ حال فيفرّع على التعدي المزبور حكم ما لو مات أحدهما في حياة من علّقت بعمره ، فإن كان المالك فالحكم كما لو مات في حياة المعمر الذي علّقت العمرى بموته وقد عرفت سابقا أنّه يبقى على استحقاقه ، وإن كان هو المعمر ففي المسالك . وغيرها رجعت العمرى إلى المالك ، كما لو مات من علقت على عمره .

وفيه : أن المتّجه بناء على ما ذكرناه عوده إلى ورثة المعمر في الأوّل نحو ما سمعته فيما لو مات بحياته المالك الّذي كان عمره غاية العمرى ، إلاّ على ما سمعته من المحقّق في النكت كما تقدّم الكلام فيه هنا ، وفيها أيضاً أنّه أولى ممّا في النصوص جواز جعل العمرى لبعض معيّن من العقب ، ومثله ما لو جعله له مدّة عمره ولعقبه مدّة مخصوصة ، والعقد حينئذٍ مركّب من العمرى والرقبى ، وفيه ما لا يخفى مع فرض اتّحاد ايجاب العقد ، والا لجاز اجتماع السكنى المطلقة والعمرى والرقبى في عقد واحد ، وإن كان متعلّق كلّ منهما مختلفاً ، وحينئذٍ يكون العقد جائزاً لازماً ، وهو كما ترى .

نعم قد يقال : إن مقتضى العمومات خصوصاً خبر حمران جريان كثير من أحكام الوقف فيها ، من التشريك والترتيب وتبعية المعدوم للموجود ، من غير فرق بين عقبه وغيره ، والدوام والانقطاع وغير ذلك ، بل يجوز فيها كلّ شرط سائغ في نفسه ، نحو ما سمعته في الوقف أيضاً ، ولعلّ ترك الأصحاب التعرض لأكثر من ذلك اتّكالاً على ذكرهم له فيه ، نحو اتكالهم في ذكر جملة من الأحكام على العمرى مثلاً ، أو السكنى أو الرقبى مثلاً على اتّحاد الجميع في ذلك ، خصوصاً بعد ما سمعت من المرسل عن عليّ عليه‌السلام «العمرى والرقبى سواء» وفي محكي المبسوط لا فرق بينهما عندنا ، والمهذب وما يفرّق به بعض الناس ليس مذهبا لنا ، إلى غير ذلك ممّا تقدم مما هو محمول على إرادة التساوي في الأحكام ، حتى إذا كان مورد العمرى والرقبى غير المسكن ، فضلاً عنه .

﴿ ولو أطلق المدّة ولم يعيّنها كان صحيحاً ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، لإطلاق الأدلّة وعمومها ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ له الرجوع متى شاء ﴾ لحسن الحلبي أو صحيحه [1] عن أبي عبد الله عليه‌السلام ، وخبر أحمد بن عمر الحلبي [2] عن أبيه عنه أيضا المتقدمين سابقاً ، لكن ظاهر الإخراج فيهما كما هو المحكي من تعبير الأكثر لا ينافي لزوم العقد الّذي هو مقتضى ما عرفته سابقاً من أدلته الشاملة لجميع الأفراد فيما يتحقّق به مسمّى السكنى ، كما عن العلامة في التذكرة التصريح به ، ووافقه عليه أوّل الشهيدين وثاني المحقّقين فيما حكى عنهما ، وما في المسالك من المناقشة في ذلك – بأنّ الرواية مخصّصة للآية ، لدلالتها على جوازه مطلقاً ، كما خصّصت الآية بسائر العقود الجائزة بدليل من خارج » – يدفعها ما سمعت من عدم اقتضاء الرواية أزيد ممّا عرفت ، والأمر سهل هذا كلّه في السكنى المطلقة .

أمّا العمرى والرقبى فالظاهر بطلانهما مع الإطلاق ، كما قطع به في الدروس في الأوّل ، ولم يتعرّض للرقبى ، ولعله لاتّحادها معها في الحكم ، واحتمل في المسالك «الصحّة ، إقامة لها مقام السكنى ، لاشتراكها في كثير من الأحكام والمعاني ، وتناسبها على الوجه الذي قرّرناه سابقا ، فيكون كاستعمال لفظ السلم في مطلق البيع ، وكذا القول : في الرقبى ، وأولى بالصحّة هنا ، لأن اطلاقها باعتبار رقبة الملك ، أو ارتقاب المدّة التي يرتضيها المالك ممكنة هنا بطريق الحقيقة ، فاستعمالها في السكنى يكون كاستعمال أحد المراد فين مكان الآخر ، وإن اختلفا من جهة أُخرى وهذا قوي» .

وفيه : أنّ الكلام ليس في استعمال لفظ العمرى والرقبى والسكنى ، بل هو في مشروعية إطلاق عقديهما على نحو عقد السكنى ، ولو في غير الدار ، ثمّ حكى عن التحرير القطع بأنّه مع إطلاق العمرى والرقبى يـصحّ ، ويكون للمالك إخراجه متى شاء كالسكنى قال : وهو في الرقبى حسن ، وفتوى الدروس في العمرى أحسن .

وفيه ما لا يخفى ، إذ يمكن أن يكون بناء ما في السرائر على مساوات العمرى والرقبى في الحكم المزبور للسكنى ، ولولا مكان دعوى تحقّقها بعمر من الأعمار ، ويمضي زمان من

(١ و٢) الوسائل الباب – ٣ و ٢ – من أبواب السكنى الحديث – ٣ و٢ .

الأزمنة لا لاستعمال لفظيهما فيها ، حتّى يفرق بينهما بالحقيقة والمجاز .

وأغرب من ذلك قوله ويتفرّع على ذلك ما لو أعمره مدّة معينة ، فعلى جواز اطلاق العمرى لا شبهة في الجواز هنا ، لانضباطها بالمدّة ، فهي أولى من الإطلاق ، وعلى المنع يحتمله هنا ، لاختصاصها بالعمر ، ولم يحصل هنا ، والجواز هنا ، وإن منع على الإطلاق ، والفرق أنّها مع الإطلاق محمولة على أحدهما ، أو عمر مطلق ولم يعين ، فبطلت للجهالة ، بخلاف ما لو عيّن المدّة ، فإنّه صريح في اقامتها مقام السكنى أو الرقبى فيصحّ كما صحّ اقامة السلم مقام غيره من أفراد البيع الحال ، مع التصريح بإرادة الحلول إقامة للنوع مقام الجنس ، وأقلّ مراتبه أنّه مجاز مشهور ، وليس بجيّد ، لأنّ المعتبر في العقود اللازمة الالفاظ الحقيقية الصريحة ، وهو منفي هنا ، إذ هو كما ترى .

والتحقيق عدم مشروعية الجميع ، للأصل السالم عن معارضة الأدلّة الظاهرة في غير الفرض ، فلا يصحّان مع الإطلاق ، ولا استعمال العمرى في الرقبى ولا العكس لما عرفت من أنّها عقود متمايزة ، وأمّا استعمال لفظ كلّ منهما في عقد الآخر فهو مبنى على ما حررنا في محلّه من جواز العقد اللازم بكلّ لفظ صالح للدلالة ، ولو على جهة المجازية كما هو الأقوى ، أو يعتبر لفظ مخصوص ، وهذا غير ما نحن فيه كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا يتوهّم اختصاص مورد العمرى والرقبى بمورد السكنى ، بل هو أعم إذ ﴿ كلّ ما صحّ وقفه ، صح اعماره من العقار والحيوان والأثاث ﴾ وغير ذلك كما صرح به كثير من الأصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه ، للعمومات وخصوصاً خبر محمّد بن قيس [1] المتقدّم سابقاً ، بل في صحيح محمّد بن مسلم [2] «سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها ، قال : هي لها على النحو الّذي قال» .

وخبر يعقوب بن شعيب [3] عن أبي عبد الله عليه‌السلام «سألته عن الرجل يكون له الخادمة

(١) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام السكنى الحديث – ٢ .

(٢ و٣) الوسائل الباب – ٦ – من أبواب السكنى الحديث – ١ – ٢ .

تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش ، فإذا مات فهي حرّة فتأبق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثمّ يجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت ؟ قال : إذا مات الرجل فقد أعتقت » وهما في الرقبى ، فكان على المصنّف أن يذكرها مع العمرى ، إلاّ أنّك قد عرفت أن ذاك ونحوه لمعلومية تساويهما في الحكم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فلا ﴿ يبطل ﴾ عقد العمري ﴿ بالبيع ﴾ وغيره من نواقل العين الّذي مورده غير موردها كما لا تبطل بالإجارة بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع عليه ، كما عن ظاهر التنقيح أو صريحه ، مضافاً إلى الأصل وغيره من أدلة اللزوم المتقدمة ، وخصوص صحيح الحسين بن نعيم المتقدم سابقاً والظاهر أن الرقبى أيضاً كذلك ، لاتّحاد الدليل في الجميع ، بل قيل أنّها أولى ، بل وكذا السكنى اللازمة ، أما السكنى المطلقة والعمرى والرقبى بناء على مشروعية الإطلاق فيهما فالّذي صرّح غير واحد بل لا أجد خلافاً بينهم فيه إنفساخها ، كما هو شأن العقد الجائز إذا طرأ عليه لازم ينافيه .

وربما يحمل على ذلك ما في الدروس «لو باع المالك العين كان فسخاً للسكنى ، لا للعمرى والرقبى » بناء منه على عدم جريان الإطلاق فيهما ، وقد يناقش بعدم منافاة نقل العين لنقل المنفعة ، وإن كان على وجه الجواز حتّى يكون ذلك فسخاً شرعاً وإن لم يقصده به .

نعم لو قصد به الفسخ ولو بقصد التسليط على العين ومنافعها في وجه اتجه حينئذٍ ذلك .

وكيف كان فالمراد أنّ نقل العين من حيث كونه كذلك لا يقتضي فسخ العقد اللازم الذي مورده المنفعة ، ﴿ بل يجب أن يوفى المعمّر ﴾ مثلاً ﴿ ما شرط له ﴾ .

نعم فى صحّة أصل البيع من بين النواقل وبطلانه خلاف ، فالأكثر على الصحّة ، للعموم وخصوص الصحيح المزبور ، والجهالة بوقت الإنتفاع لا ينافيه ، لأنّها ليس مورداً له ، خصوصاً مع عدم انحصار المنفعة في ذلك ، لجواز التصرفات الّتي لا تنافيها ، واستقرب الفاضل في محكي التحرير البطلان ، بل عن ايضاح النافع القطع به واستشكل فيه في القواعد

ومحكي المختلف وموضع من التذكرة والإيضاح والتنقيح ، وجزم بالصحّة في محكي الإرشاد ، فاختلف كلامه في كتبه ، ولعل ذلك ممّا عرفت ، ومن أنّ الغرض المقصود من البيع هو المنفعة ، ولهذا لا يجوز بيع مالا منفعةفيه ، والفرض أنّ زمان استحقاق المنفعة مجهول ، فيتجهل المبيع ، ولذامنع الأصحاب من بيع المسكن الّذي تعتد فيه المطلّقة بالاقراء لجهالة وقت الإنتفاع به ، ومن المعلوم أنّ المقام أولى منه ، لإمكان استثناء الزوج مدّة يقطع بعدم زيادة العدّة عليها ، بخلاف المتنازع .

إلاّ أن ذلك جميعه كما ترى ، ضرورة تحقق الإنتفاع بالمبيع ، وإنما تخلّف منه نوع خاص ، وذلك لا يقدح ، كما أنّ الجهل بوقت الإنتفاع ليس جهلاً بعين المبيع ، إذ هو ليس من أوصافه فما دلّ على اعتبار المعلوميّة في المبيع لا ينافيه ، مثل هذا الجهل الّذي لم يثبت مـانعيته من الصحّة ، ومنع الأصحاب من بيع مسكن المعتدّة مبنى على ما منعوه هنا لإشتراكها في المعنى ، ويلزم القائل بالصحة هنا القول به .

ثمّ إن لم يكن دليل يخصّه ، مضافاً إلى النصّ المعتبر هنا بالجواز صريحا ، الّذي يكون القول بالبطلان معه كالاجتهاد في مقابلته ، وهو صريح في الجواز ، بل لعله ظاهر فيه حتّى لو كانت العمرى في العقب الّذي لا عادة بانتهائه ، ومن هنا أمكن الفرق بينهما بذلك ، إن لم ندع اتّحاد الطريق ، أو يقال بخروج ذلك بدليله إن كان والاولوية التي ادّعوها في مسكن المعتدّة باعتبار امكان استثناء قدر يقطع بانقضاء العدّة قبله .

ففى المسالك « إن مثله آت في العمرى ، نظراً إلى العمر الطبيعى الّذي لا يعيش المعمّر بعده قطعاً أو عادة ، ومن ثمّ يحكم بموت المفقود ، وحينئذٍ يقسم ماله وتعتدّ زوجته عدّة الوفاة ، اتفاقاً » .

وإن كان قد يناقش في أصل ذكر الأولويّة المزبورة ، بأنّ المنع إنّما هو مع فرض استثناء قدر العدّة المجهول الدائر بين كونه ستّة وعشرين يوماً ولحظتين ، أو خمسة عشر شهراً أو سنة ، أو تسعة أشهر ، لا ما إذا فرض استثناء الزائد ، ضرورة القطع بجواز بيع العين المستأجرة مدّة معلومة .

أنّه قد يناقش في النقض بذلك ، وبأنّ العمرى قد لا يمكن فيها ذلك ، كما إذا كانت مقرونة بعمر العقب أيضاً ، فلا ريب في أن ذلك كلّه خروج عن وجه المسألة الّذي هو بيع العين المستحق منفعتها زماناً مجهولاً ، باعتبار عود مثل هذه الجهالة للبيع وعدمه ، ولاريب في أن المتّجه الصحّة ، إلاّ أن تكون المعاملة سفهية .

نعم يكون له الخيار مع الجهل بين الصبر مجّاناً إلى انقضاء المدّة وبين الفسخ لقاعدة الضرر ، من غير فرق في ذلك بين بيعه على المعمّر وغيره، وإن قال في المسالك «إنّه ربما فرق بينهما ، فيصحّ في الأوّل ، دوّن الثاني ، نظراً إلى استحقاق المعمّر المنفعة ابتداء واستمرار استحقاقه فتقل الجهالة ، بخلافه غيره » .

وفيه أنّ المعتبر من العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع إن كان ممّا ينافيه هذا الفائت منها بطل مطلقا ، وإلاّ صحّ مطلقاً ، لاختلافه الاستحقاقين ، فلا يبني أحدهما على الآخر ، كما هو واضح .

«بقي شيءٌ» وهو أن المعمّر لوكان هو المشتري ففي المسالك جاز له بيع العين بجميع منافعها ، لأنّها بأجمعها مملوكةً له ، ولا مانع من نقلها إلى غيره بوجه ، وإن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة ، فإنّ المانع لم يكن الجهالة ، بل عدم جواز أفراد المنفعة بالبيع ، وليس ببعيد جواز الصلح عليها ، لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع ، وصحّته على العين والمنفعة ، فعلى هذا لوكان مشترى العين غيره وجوّزناه جاز له أن يصالح المشترى على تلك المنفعة المستحقة له مدّة عمره ، بمال معلوم ، ويصير المشترى حينئذٍ مالكاً للجميع ، كما لو كان هو المعمّر » .

وفيه أوّلاً : أنّ البيع لا يقع الا على العين والمنفعة تكون تابعة للعين باعتبار تبعية النماء للأعيان في الملك ، فمع فرض كون المنفعة مستحقة للمعمّر بعقد العمرى لا يصحّ تناول عقد البيع لها ، ضرورة عدم تبعيتها للعين المملوكة بسبب الملك كما هو واضح ، وكذا في العين المستأجرة ونحوها ، وثانياً أنّه لا يوافق ما سيأتي من عدم جواز اسكان الساكن غيره ، ولا اجارته للمسكن ، أللهّم إلاّ أن يحمل على عمرى مصرّح فيها بجواز النقل للغير ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ اطلاق السكنى يقتضي أن يسكن بنفسه ﴾ هو ﴿ وأهله وأولاده ، ولا يجوز أن يسكن غيرهم إلاّ أن يشترط ذلك ﴾ كما صرّح به جماعة ، بل في جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر ، بل في المسالك وغيرها نسبته إلى المشهور والظاهر إرادة ما في النافع وغيره من أن اطلاقها يقتضي أن يسكن بنفسه ، ومن جرت عادته بإسكانه معه ، ولذا نسبه في التنقيح ، إلى الشيخ ، والقاضي والمشهور ، قال : وعليه الفتوى .

لكن قد يظهر من بعض المتأخرين الخلاف بينهم ، في ذلك ، حتى أنّه في الكفاية قال : يلحق بأهله وولده من جرت العادة بإسكانهم كالعبيد ، والإماء والخدم والمرضعة والضيف وغيرهم ، وفي غيرها عن جماعة أيضاً إلحاق الدابة إذا كان الموضع معدًّا لمثلها ، وجواز وضع ما جرت العادة بوضعه من الامتعة والغلة .

وفي التنقيح يحرز من الغلة قدر الحاجة ، والظاهر عدم الخلاف بينهم في ذلك ومراد الجميع أنّ المدار على ما يفهم عرفاً من مثل الإطلاق المزبور الّذي هو كغيره من الخطابات العرفية ، وليس هو إلاّ سكناه نفسه وتوابعها .

﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا يجوز له أن يؤجر السكنى لغيره كما لا يجوز أن يسكن غيره بعارية ونحوها ، ضرورة اقتضاء الاجارة ثبوت السلطنة على موردها ، والفرض أنّ التمليك له قد وقع على وجه خاصّ .

لكن في السرائر : «الّذي يقتضيه أُصول المذهب أنّ له جميع ذلك له اجارته وانتقاله واسكان غيره معه سوى ولده وامرأته ، سواء اذن له في ذلك أم لا ، لأنّ منفعة هذه الدار استحقها ، وصارت مالاً من أمواله وحقاً من حقوقه فله استيفاؤها كيف شاء ، بنفسه وغيره ، وما أورده شيخنا في نهايته فلا شكّ أنّه خبر واحد قليلاً ما يورده أصحابنا في كتبهم ، فشيخنا المفيد لم يورده في مقنعته ، ولا السيّد المرتضى ولا المحصلون من أصحابنا » .

قلت : لم نقف فيما وصل إلينا من النصوص على الخبر الّذي ذكره كما اعترف به في

الحـدائق ، أللهمّ إلاّ أن يقال : أنّه قول الصادق عليه‌السلام في خبري أبي الصباح والحلبي [(١)] المتقدّمين «ليس لهم أن يبيعوا ولا أن يورثوا » وزاد في أوّلها «ثمّ ترجع الدار على صاحبها » على معنى إرادة عدم نقل المنفعة لهم وعدم إرثها لا العين المعلوم فيها ذلك ، بل ربما في جعل ذلك جواباً للشرط في أحدهما اشعار بذلك ، ولا ينافيه نفي الإرث ، إذ هو كذلك في مفروض البحث الّذي هو سكناه وسكنى عقبه مدّة عمر كلّ واحد منهم ، ومع فرض موت أحدهما تنتهي السكنى ، فلا إرث .

ولولا ذلك لاتّجه كلام ابن ادريس ، ضرورة اقتضاء عقد السكنى واختيها ملك المنفعة ، الّتي هي السكنى ، والناس مسلطون على أموالهم وكون مورد العقد سكناه لا يقتضى اختصاص تمليكه بمباشرته ، وإلا لاقتضى ذلك في الاجارة للسكنى ، أو للركوب أو نحو ذلك ممّا كان المستأجر فيه مورداً لا شرطاً ، ودعوى ظهور عقد السكنى في ذلك ممنوعة كلّ المنع ، وأولى بذلك عقد العمرى والرقبى ، بل قد يقال : إنّ منافع الأعيان لا تتشخص بفعل المستوفي لها ، ضرورة عدم كون فعله حينئذٍ من منافعها المملوكة له ، وإنّما الفعل مملوك لفاعله .

نعم قد يكون ذلك بطريق الاشتراط ، كما في الاجارة ، بل لو قلنا بالتشخيص المزبور لم يتّجه ﴿ الإ ﴾رث في مورده ، بل لم يتّجه ذلك ملك الساكن الاجرة ﴿ بإذن المسكن ﴾ لان سكنى الغير حينئذٍ ليس ممّا انتقل إليه فلا يملك اجرته ، فليس حينئذٍ إلاّ دعوى أنّ الإيجاب هنا قد تحمل تمليك السكنى ، واشتراط كون الساكن هو المستوفي ، وهي كما ترى لا يساعده عليها عرف ، ولا شرع ، إذا ليس الإيجاب هنا الا كغيره ممّا يراد منه نقل مورده إلى المخاطب ، وليس هو هنا إلاّ منفعة الدار لا عمل الساكن ، أى سكونه الّذي هو ليس من منافع الدار .

وبذلك يظهر لك وجه النظر الّذي ذكره في المسالك ، فإنّه بعد أن حكى عن ابن ادريس ما سمعته ، والجواب عنه بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناوله غيره قال :

---

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ كم أبواب أحكام السكنى الحديث ـ ١ ـ ٢.

«وفيه نظر» بل ويظهر النظر في أصل استدلال المشهور ، بان الأصل عصمة مال الغير من التصرف بغير إذنه ، خرج ذلك ما أذن فيه ، وهو سكناه بنفسه ، ومن في معناه ، فيبقى الباقي على أصل المنع ، ضرورة ابتناء ذلك على أنّ المفهوم من العاقد ذلك ، وحينئذٍ يكون النزاع مع ابن ادريس فيما يفهم منه عرفاً ، فإن كان كما ذكره الشيخ وافقه ابن ادريس عليه ، وإن كان العكس انعكس الحال ، وقد سمعت من ابن ادريس أن مبنى منع الشيخ الخبر الّذي أورده لا الفهم من عبارة العاقد ، وبالجملة إن كلمات هؤلاء المتأخّرين في غاية التشويش ، لا يمكن الجمع بين تعليلهم المزبور وقولهم أنّ الأجرة للساكن إذا أذن المالك وقولهم بإرث حقّ السكنى فيما إذا كان الغاية عمر المالك ، وبين قولهم أنّه ملك على وجه خاص.

نعم يتمّ ذلك بناء على أنّ هذه الخصوصيّة شرعية على نحو خصوصية الموقوف عليه ملك العين الموقوفة ، وخصوصية ملك أم الولد ، وغير ذلك ممّا ثبت من الشرع ، ويبقى المطالبة في دليل هذه الخصوصية ، وليس فيما نجد إلاّ الخبران المزبوران.

ولكن يشكل الخروج بهما عن مقتضى القواعد ، مع عدم استدلال أحد من الأصحاب بهما على ذلك ، أللّهم إلاّ أن يقال ، بكفاية عمل المشهور على ما يوافقها ولا ريب في أنّه أحوط.

﴿ وإذا حبس فرسه ﴾ مثلاً ﴿ في سبيل الله تعالى ﴾ شأنه ﴿ أو غلامه في خدمة البيت أو المسجد لزم ذلك . ولم يجز تغييره ما دامت العين باقية ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به الحلي وغيره ، قال في المحكي من نوادر قضاء سرائره : «إذا كان الحبس على مواضع قرب العبادات مثل الكعبة والمشاهد والمساجد ، فلا يعاد إلى الأملاك ، ولا تنفذ فيه المواريث ، لأنّه بحبسه على هذه المواضع ، خرج عن ملكه عند أصحابنا بلا خلاف ، مضافاً إلى ما تقدّم من النصوص في الصدقة [1] المتضمنة لعدم جواز الرجوع في كلّ ما يعطى لله تعالى شأنه ، بل صريح ما سمعته من الحلي نفي الخلاف في الخروج عن الملك ، فضلاً عن اللزوم ،

(١) الوسائل الباب –١١– من أبواب أحكام الوقوف.

لكن في المسالك ظاهر العبارة أنّه لا يخرج عن ملك المالك ، حيث حكم بلزومه ، وعدم جواز تغييره ما دامت العين باقية » .

وفيه منع الظهور المزبور ، ولعلّ السيرة قديماً وحديثاً في فرش المساجد والمشاهد المشرفة بناء على أنّه على ذلك ، بل لعلّ قصد الحابس ذلك أيضاً ، بل ربما كان ثوب الكعبة الذي قد تضمّنت النصوص بجواز أخذ القطع منه انتهاء عمره للتبرك من أيدي الخدمة منه أيضاً .

بل قد يقال : ان مقتضى السيرة الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان فلا يحتاج صحته بل ولا لزومه إلى لفظ ، فضلاً عن أن يكون عقداً محتاجاً إلى القبول من الناظر ، أو الحاكم ، لكن عن التحرير واللمعة وصيغ العقود والمسالك والروضة والتنقيح والتذكرة التصريح بكون الحبس عقداً بل قيل : أنّه ظاهر الباقين ، ويمكن إرادتهم غير المفروض ، إذ قد عرفت فتوى المشهور في الوقف ، بعدم الاحتياج إلى القبول ، فضلاً عن الحبس ، وإن كان قد سمعت المناقشة فيه منّا ، وأمّا القبض فعن التذكرة ، واللمعة والمسالك والروضة اعتباره في الحبس .

لكن قد سمعت سابقاً في الوقف وفي الصدقة أنّ أقصى ما تقتضيه الأدلّة اعتباره في اللزوم ، دون الصحّة ، فضلاً عنه ، فإنّه لا دليل على اعتباره فيه ، أللّهم الاّ أن يستفاد من فحوى ما دلّ عليه في الوقف المنقطع ، وممّا دلّ عليه في الصدقة فيما كان منها متمما بعدم القول بالفصل .

نعم الظاهر عدم اعتبار نيّة القربة في صحّته ، لما عرفته سابقاً في الوقف ، وفي السكنى من أصالة عدم الاشتراط وغيرها ، خلافاً للمحكي عن المقنعة ، والنهاية والوسيلة والتحرير وجامع المقاصد والتذكرة ، ثمّ إن الظاهر أنّه كالوقف بالنسبة إلى الموقوف والموقوف عليه كما عن المقنعة والنهاية والمهذب والوسيلة وجامع الشرايع والتحرير وغيره من كتب المتأخّرين ، بل لعلّ حكمهم في الوقف المنقطع الآخر بأنّه حبس ظاهر أو صريح في ذلك ، وربما كان هذا هو السبب في عدم استقصائهم الكلام في عقده ، وشرطه ومورده ، والمحبوس عليه ، ونحو ذلك .

بل لعلّ النصوص أيضاً كذلك ، فإنّا لم نعثر فيه الا على صحيح ابن أُذينة[1] قال :

«كنت شاهداً لابن أبي ليلى فقضى لرجل جعل لبعض قرابته غلّة داره ولم يوقت وقتا فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبي ليلى ، وحضر قرابته الّتي جعل لها غلّة الدار فقال ابن أبي ليلى أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها ، فقال له : محمّد بن مسلم الثقفي أما إنّ علي بن أبي طالب عليه‌السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت ، فقال : وعلمك ؟ فقال سمعت أبا جعفر محمّد بن علي عليه‌السلام يقول قضى : عليّ بن أبي طالب عليه‌السلام بردّ الحبس وانفاذ المواريث ، فقال ابن أبي ليلى : هذا عندك في كتاب ؟ قال : نعم قال : فأرسل اليه وائتني به ، فقال محمّد بن مسلم : على أن لا تنظر في الكتاب إلاّ في ذلك الحديث ، فقال : لك ذلك ، فأحضر الكتاب فأراه الحديث عن أبي جعفر عليه‌السلام ، فردّ قضيته » .

وخبر عبد الرحمن الجعفي[2] قال : كنت اختلف إلى ابن أبي ليلى في مواريث لنا ليقسمها وكان فيها حبيس ، فكان يدافعني فلما طال شكوته إلى أبي عبد الله عليه‌السلام فقال : أو ما علم أنّ رسول الله أمر بردّ الحبيس وانفاذ المواريث ، قال : فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل ، فقلت إنّي شكوتك إلى جعفر بن محمّد عليه‌السلام فقال لي كيت وكيت قال : فحلّفني ابن أبي ليلى أنّه قد قال ذلك؟ فحلفت له ، فقضى لي بذلك .

والمكاتبة عن ابن معبد قال : كتب إليه محمّد بن أحمد بن إبراهيم سنة ثلاث وثلاثين ومائتين يسأله عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات وخلف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حرّ من بعد عشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام ، وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك ؟ فكتب عليه‌السلام لا يبيعوه إلى ميقات شرطه إلاّ أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم » بناء على إرادة الحبس من الوقف فيه .

---

(١) الوسائل الباب –٥– من أبواب أحكام السكنى الحديث –١ .
(٢) الوسائل الباب –٥– من أبواب أحكام السكنى الحديث –٢ .

وكذا خبر محمّد بن مسلم[١] «سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها ؟ قال : هي لها على النحو الّذي قال » وخبر يعقوب بن شعيب [٢] عن أبي عبد الله قال : سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول : هى لفلان تخدمه ما عاش ، فإذا مات فهى حرّة فتابق الأمة قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثمّ يجدها ورثته ، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت ؟ قال : اذا مات الرجل فقد عتقت » .

وعلى كل حال فما سمعت يظهر الوجه فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ أما لو حبس شيئا على رجل ﴾ مثلا ﴿ ولم يعين وقتا ، ثم مات الحابس كان ميراثا كما دلّ عليه الخبران الأوّلان بل لا أجد فيه خلافا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ﴿ وكذا لو عيّن مدّة ﴾ ولو عمر أحدهما ﴿ وانقضت كان ميراثاً لورثة الحابس ﴾ بلا خلاف ، ولا إشكال في ذلك ، ولا في لزومه إليها ، لعموم «أوفوا [٣] » و «المؤمنون » وخبر محمد بن مسلم [٤] وسابقه ، بناء على أنّها من الحبس ولا ينافيه اطلاق الخبرين المزبورين المحمولين على الحبس المطلق ، خصوصاً وفي سؤال أحدهما ذلك ، على أنّ التعارض بينهما وبين ما ذكرنا من وجه ، ولا ريب في أنّ الترجيح لذلك ، ولو لفتوى الأصحاب .

إنّما الكلام في لزوم الأوّل إلى موت الحابس ، وجوازه ففي القواعد إن لم يعيّن كان له الرجوع متى شاء ، ومال إليه بعض من تأخّر عنه ، ولعله لكونه حينئذٍ كالسكنى المطلقة ، بناء على أنّ جوازها للقاعدة باعتبار عدم اقتضاء عقدها إلاّ الطبيعة الّتي تتحقّق بالمسمّى .

وفيه أن ذلك لما سمعته من النص ، والا فمقتضى العقد اللزوم ، وصيرورة السكنى مطلقاً ملكاً له ، إذ ليست هي إلاّ شيئاً متحداً ، والتعدد إنّما يكون في استيفائها ، وقد ملكت بالعقد ، إلا أن النص المزبور كشف عن أن الحكم فيها شرعاً ذلك ، فلا يقاس عليها الحبس خصوصاً بعد ظهور الفرق بينهما ، بعدم انسياق احتمال إرادة ذلك فيه ، بل مقتضى عقده حصول الحبس في المحبوس الّذي يحتاج إلى دليل شرعي في فكّه ، والوقت ليس من مقوّماته .

(١ و٢ و٤) الوسائل الباب -٦- من أبواب السكنى الحديث ١ -٢ .
(٣) سورة المائدة الآية - ١ .

ومن هنا ذهب وهم ابن أبي ليلى إلى لزومه ، وعدم تغييره بموت الحابس ، ولولا قول رسول الله صلى الله عليه وآله وقضاء علي عليه السلام «بردّ الحبيس وانفاذ المواريث» لكان متجهاً ، بل قد يدعى ظهور الخبرين المزبورين في لزومه إلى موت الحابس ، بل لعله مقتضى التدبر في عبارة اللمعة أيضاً .

وربما يشهد لما ذكرنا حكمهم بلزوم الوقف المنقطع الآخر إلى موت الموقوف عليهم ، فيرجع إلى ورثة الواقف حينئذٍ ، وما هو إلاّ لاقتضاء عقد الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة المقتضى دوامه ، ولو بالإستصحاب بل مقتضاه صيرورة المنفعة إرثاً ، إلاّ أنّ النصوص السابقة صرّحت برجوعه إلى الورثة .

ومنه يعلم قوّة ما تقدّم منّا من كون الوقف المنقطع قسماً من الوقف مشروع في نفسه ، لا أنّه حبس كما ذكروه ، وإلاّ لاقتضى بطلانه بموت الحابس ، نحو ما سمعته هنا في الحبس المطلق ، لا موت المحبوس عليه ، بل وكان جائزاً على ما ذهب إليه الفاضل ، ومن تبعه مع أنّه لا خلاف عندهم في لزوم الوقف المنقطع إلى موت الموقوف عليه ، أللّهم إلاّ أن يحمل كلامهم هناك على ما إذا علم إرادة الوقف ما دام الموقوف عليه حيّاً فلا ينافيه حينئذٍ ما ذكروه في الحبس المطلق ، إذ هو بناء على كلامهم من الحبس المعلّق على مدّة .

إلاّ أنّه كما ترى . ضرورة اكتفائهم في انقطاع الوقف بنحو قول الواقف «وقفته على زيد» من دون ذكر شيءٍ آخر هذا .

وربما كان ظاهر المحكي عن التنقيح وايضاح المنافع كون الحبس المطلق كالوقف المنقطع في العود إلى المالك بموت المحبوس عليه ، لا الحابس ؛ إلا أنّه خلاف المشهور وخلاف ما دلّ عليه الخبران المزبوران .

وعلى كلّ حال ربما يؤيد ما ذكرناه اطلاقهم اللزوم في المحبوس على القرب من غير تقييد ذلك بما إذا أقرنه بمدّة عمر المحبوس ، بل ظاهرهم الإكتفاء بلزومه بمجرّد الحبس على الأماكن المخصوصة ، أللّهمّ إلاّ أن يدعى ظهور ذلك في إرادة الدوام ، وفيه منع .

ودعوى - خروج ذلك عن الفرض من حيث نيّة القربة فيه - يدفعها أنّه لا تقتضى إلاّ اللزوم في مقتضى العقد ، إن دائماً فدائماً وإن مقيّداً فمقيّداً ، فلو حبسه مثلاً في سبيل الله تعالى سنة لم يلزم في غيرها ، بل الظاهر عدم خروجها عن الملك بذلك وإن قلنا به في المطلق ، لعدم السيرة فيه ، فيبقى حينئذٍ على حكم غيره من أفراد الحبس إذ لا خلاف في بقائه على ملك مالكه ، وبذلك كلّه بان لك أكثر أحكام الحبس ، وإن أشكلت على بعض الناس ، لعدم استيفاء الأصحاب لها ، إلاّ أنك قد عرفت إيكالهم جملة منها إلى الوقف والسكنى وأختيها والله هو العالم .

﴿ كتاب الهبات ﴾

التي جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها ،وإلا فهي حقيقة واحدة ، كالبيع ونحوه ، ولذا عبر الأكثر بها موحدة ،﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ النظر ﴾ فيها ﴿ في الحقيقة والحكم ﴾ .

أمّا ﴿ الأوّل ﴾ فحقيقة ﴿ الهبة : هي العقد المقتضى تمليك العين من غير عوض ، تمليكاً منجزاً مجرداً عن القربة ﴾ أو الأثر الحاصل منه ، ولو بالمعطاة أو فعل الواهب ، كما تقدم نظير ذلك ، إذا الظاهر كون المسألة من واد واحد .

لكن في الرياض هنا أنّ ظاهر الأصحاب الإتّفاق على دعوى اعتبار العقد القولي كما يظهر من الكفاية ، وصرّح به في المسالك .

وفيه : أن ما ذكر سنداً للمعاطاة في غيرها من دعوى السيرة القطعيّة متحقّق في المقام ، كتحقق صدق الهبة عليها بدون العقد ، فلا محيص عن القول بمشروعيّتها هنا بناء على مشروعيّتها هناك لذلك ، وحمل كلام المصنّف ونحوه على إرادة بيان أنّها من قسم العقود ، لا الإيقاعات ، وإن تحققت بما يتضمّن معنى الإيجاب والقبول من الأفعال ، أو على بيان القسم العقدي منها ، كما ستمع تتمّة لذلك إن شاء الله .

وحينئذٍ فالعقد بمنزلة الجنس الشامل لسائر العقود الّذي يخرج به الفعل الدال على ذلك ، والمقتضى له ، كنثار العرس وحيازة المباح ، والموت المقتضى للتمليك بالإرث ونحو ذلك ، كما أنّه خرج بقوله «تمليك العين » نحو العارية والإجارة والسكنى والرقبى والعمرى ،

ونحوها ، مما تقتضي تمليك المنفعة ، أو إباحتها ، وبقوله «من غير عوض» البيع ونحوه ، وبقوله «منجزاً» الوصيّة بالأعيان ، وبقوله «مجرداً عن القربة» الصدقة بل والوقف ، بناء على اعتبارها فيه ، إلاّ أنك قد عرفت أنّ الأصحّ عدم شرطيتها فيه ، فينتقض التعريف ، اللّهم إلاّ أن يقال إنّه بناء على اقتضائه نقل العين ليس بملك تام ، وهو المنساق من لفظ التمليك .

نعم ينتقض بالهبة المعوضة ، ولو بالقربة ، وقد يدفع بأنّ المراد – من قوله «من غير عوض ومجرداً عن القربة» – عدم لزوم ذلك فيها ، لا عدم اتّفاق حصوله فيها ، كما أنّ المراد من اقتضائه التمليك ما لا ينافي توقفه على أمر آخر ، كالقبض كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ قد يعبّر عنها بالنحلة والعطية ﴾ وإن كانا هما أعمّ منها ، ضرورة صدقهما على مطلق العطاء المتبرع به ، الشامل للوقف والصدقة وغيرهما ، كما أنّ الهبة أعمّ من الصدقة والهديّة بناء على ما سمعته سابقاً من التذكرة والمسالك مفرّعين عليه البرّ بهما فيما لو نذر الهبة ، دون العكس مطلقاً ، والحنث بهما فيما لو حلف أن لا يهب فتصدق أو أهدى ، دون العكس ، بتقدير فعله فرداً منها خارجاً ، وإن كان قد عرفت النظر فيه منّا بالنسبة إلى الصدقة والهبة ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هي ﴾ بمعنى العقد ﴿ تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض ﴾ بالنسبة إلى صحّتها وترتّب الأثر عليها ، ﴿ فالإيجاب كلّ لفظ ﴾ أو ما قام مقامه نحو إشارة الأخرس ﴿ قصد به التمليك المذكور ﴾ وكان صالحاً للدلالة عليه ، بحسب التحاور ﴿ كقوله مثلاً وهبتك وملكتك ﴾ أو نحوهما ، من غير فرق بين صيغة الماضي وغيره ، فيكفي مثل قوله هذا لك قولاً واحداً ، كما في الرياض وغيره ، وهو مؤيد لما قلناه سابقاً من عدم اعتبار اللفظ المخصوص في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة كما أوضحناه سابقاً هذا .

ولكن في المسالك بعد أن حكى عن ظاهر الأصحاب الإتّفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة ، قال : «فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل

على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك ، بل مجرّد الإباحة ، حتّى لو كان جارية لم يحلّ الإستمتاع بها ، لأنّ الإباحة لا تدخل في الإستمتاع» .

قال الشيخ في المبسوط : «وإن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب ، فليوكل رسوله في عقد الهديّة معه ، فإذا مضى وأوجب له وقبل المهدى إليه وأقبضه إيّاها لزم العقد ، وملك المهدي إليه الهدّية » ونحوه قال في الدروس ، وجعل عدم اشتراط الايجاب والقبول احتمالاً .

واختلف كلام الفاضل ، ففي القواعد جزم باعتبار الايجاب والقبول والقبض فيها وفي محكي التحرير قرّب في أوّل الباب استغنائها عن الإيجاب والقبول ، عملاً بالإذن المستفادة من العادة ، وقال في آخر كلامه نحو ما في المبسوط ، ثمّ قال : «ولو قيل : بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجها ، لقضاء العادة بقبول الهدايا من غير نطق » .

وظاهر المحكي عن التذكرة عدم احتياجها إليهما ، لأنّه حكى عن قوم من العامة أنّه لا حاجة في الهديّة إلى ذلك ، بل البعث من المهدي كالإيجاب ، والقبض من المهدى إليه ، كالقبول ، لأنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها ، ولا لفظ هناك ، واستمرّ الحال من عهده الى هذا الوقت من سائر الاصقاع ، ولهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم – ثمّ قال – ومنهم من اعتبرهما ، كما في الهبة ، واعتذروا عمّا تقدم بأنّ ذلك إباحة لا تمليك ، وأجيب بأنّه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أنّ النبي ﷺ كان يتصرف فيه ويملّكه غيره ، ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال والأخذ ، جرياً على العادة بين الناس – إلى أن قال : – والتحقيق مساواة غير الأطعمة لها ، فإنّ الهديّة قد تكون غير طعام ، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله ﷺ فإنّ مارية القبطية أمّ ولده كانت من الهدايا» .

وفي جامع المقاصد إنّه قويّ متين ، وفي المسالك هو حسن ، لكن قال : « ومع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المتزلزل ، ويبيح التصرّف والوطىء ، ولكن يجوز

الرجوع فيها قبله ، عملاً بالقواعد المختلفة ، وهي اصالة عدم اللزوم مع عدم تحقّق عقد يجب الوفاء به وثبوت جواز التصرف فيها ، بل وقوعه ، ووقوع ما ينافي الإباحة واعطاؤه الغير ، فقد وقع ذلك النبي صلى الله عليه وآله في مارية القبطية أم ولده[1] ، وقد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته وغيرهنّ[2] ، وأهدى إليه حلّة فأهداها لعليّ عليه السلام من غير أن ينقل عنه قبول لفظي ، ولا عن الرسل ايجاب كذلك مقارن له ، وهذا كلّه يدلّ على استفادة الملك في الجملة ، لا الإباحة ، ولا ينافي جواز الرجوع بها ما دامت العين باقية .

قلت : قد عرفت القول بمشروعية المعاطاة في الهبة وغيرها من العقود إلاّ ما خرج فضلاً عن الهدّية ، وأنّها تفيد مفاد العقد في الملك ، لاندراجها في الإسم وإن لم تكن عقداً ، إلاّ أنّهم اعتبروا فيها جميع ما يعتبر في العقد سوى اللفظ ، وحينئذٍ يشكل في الفرض دعوى كونها منها ، ضرورة عدم المقارنة بين الفعلين المنزّلين منزلة الايجاب والقبول ، المقصود بهما الانشاد .

نعم بناء على التوسّع بالنسبة إلى ذلك في المعاطاة فيتّجه كونها حينئذٍ منها ، بل وكذا في معاطاة كلّ عقد ، أما على عدمه فلا محيص حينئذٍ عن دعوى مشروعيّته قسماً آخر من الهدية مثلاً مستقلاً برأسه ، خارجا عن العقد والمعاطاة ، لمكان السيرة القطعية الّتي هي الأصل في مشروعية المعاطاة ، فالفرض مثلها حينئذٍ ، ولعله أومأ إليه بقوله كالمعاطاة ، بل ينبغي التزامه في غير المقام ، حتّى البيع وشبهه ، بناء على اندراج هذا القسم وإن لم يكن معاطاة في اسمه .

وأما اذا فرض مشروعيته بالسيرة ، وعدم اندراجه في الإسم ، فلا بدّ من القول باستقلاله بنفسه ، وإن شابه معاطاة كلّ عقد في المفاد ، ولزومه وجوازه يتبع الادلة من استصحاب الملك ونحوه .

إنمّا الكلام في أصل مشروعيّته ، وترتّب الأثر عليه من الملك وغيره ، فهو كذلك في الهدّية وغيرها ، ومن الغريب ما في ظاهر الرياض من عدم مشروعية المعاطاة في الهبة ، لشبهة الإتّفاق المزبور ، ومشروعيتها في خصوص الهدّية لما عرفت ، وكأنّه لم يسرح نظره في أطراف المسألة ،

(١ و٢) البحار ج ٢٢ ص ١٩٣ للغني لابن قدامه ج ٦ ص ٢٢٩ الى ٢٥٢ .

بل اقتصر على بعض الكلمات الموهومة لذلك في المقام ، وفي غيره ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لا يصح العقد ﴾ أو ما يقوم مقامه ﴿ الا من بالغ كامل العقل جائز التصرف ﴾ على حسب ما مرّ غير مرّة من تفصيل الحال في ذلك كلّه بالنسبة إلى غيره من العقود فلاحظ .

﴿ ولو وهب ما في الذمة ، فإن كانت لغير من عليه الحقّ لم يصحّ على الأشبه ﴾ باصالة عدم الانتقال وغيرها ، والأشهر بل المشهور ﴿ لأنّها مشروطة بالقبض ﴾ وما في الذمة يمتنع قبضه ، ودعوى – إمكانه – بقبض أحد جزئيّاته – يدفعها أنّ الموهوب الماهيّة ، وهي غير الجزئيّات قطعاً ، وصحّة بيعه مع معلوميّة اشتراط صحّته بالقدرة على التسليم ، لمعلوميّة الاكتفاء فيها بما تتحقّق به المعاوضة وتحققها يكفى فيه القدرة على تسليم بعض افراد الماهيّة المعدود أحد العوضين ، ويدخل في ملك المشتري من غير توقف على قبض ، ثمّ يستحق المطالبة بالإقباض .

بخلاف المقام الّذي لا شك في مدخليّة الإقباض في حصول الملك فيه ، فلا بدّ أن يقبض الواهب الدين ، ثمّ يقبضه المتهب ، فامتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين ، وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب ، لانتفاء الملك ، وبقبض الواهب يحدث الملك له ، فيمتنع تقدم انشاء الهبة عليه ، إذ يكون هبته حينئذٍ جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيع وغيره ، وذلك غير جائز قطعاً ، وإلاّ لصحّ تمليك ما سيشتريه ويحتطبه ويحتشيه ، ومن ثمّ لم يصحّ هبة موصوف في الذمة ، وصحّ بيعه .

ولكن قد يناقش في ذلك كلّه بمعلوميّة كون التحقيق في محلّه أنّ وجود الكلّي الطبيعي عين وجود أفراده ، وبذلك جاز نقله بالبيع ، المشروط بالقدرة على التسليم ، وغيره من النواقل الّتي منها الهبة ، ولا يقدح الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض ، بخلاف الهبة ، لأنا لا نحكم بصحّة الهبة حينئذٍ إلاّ بعد القبض ، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين خاصة إلاّ بعد قبضها ، وهو ممكن بقبض بعض أفراد الماهيّة الّذي وجوده عين وجود الكلّي .

وقبض الواهب له إنّما يفيد تعييناً له من بين الأفراد ، لا أنّه يحدث ملكا جديدا ، بل التأمّل الصادق يقتضي عدم الفرق بين المقام ، وبين هبة المشاع الذي هو كلي أيضاً فلووهبه كذلك ، ثمّ عيّنه الواهب ودفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال في صحته ، لعموم الأدلة فكذلك المقام .

هذا كلّه مع إرادة قبض الشخصي فيه ، أمّا إذا وهبه كلياً ، لأنّه مال مملوك له متحقّق ، ولذا جاز جريان غير الهبة عليه من النواقل ، ثمّ أراد إقباضه على كليته بأن أذن للموهوب بقبضه على وجه التقابض بينه وبين من عليه الدّين ، إذا فرض كون الموهوب مديوناً لمن عليه الدّين بقدرة ، ولا قائل بالفرق – فلا إشكال فيه حينئذٍ . كلّ ذلك مضافاً إلى ما يشعر به صحيح صفوان[1] « سألت الرضا عليه‌السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده ، فذكر له الرجل المال الّذي له عليه . فقال له : ليس عليك فيه شيء في الدنيا والآخرة ، يطيب ذلك له ؟ وقد كان وهبه لولد له ؟ قال نعم وهبه له ثمّ نزعه فجعله لهذا » – من صحّة هبته ، وإنّما جاز له نزعه منه لعدم حصول القبض واطلاق لفظ النزع باعتبار ايجاد عقد الهبة الذي هو جزء السبب المملك .

ومن ذلك يظهر لك أن حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه ورميه بالندرو وتأويله بإرادة المجاز من اطلاق الهبة ، بمعنى العزم عليها ونحو ذلك ، كما أنه ظهر لك منه قوة القول بالصحّة ، كما عن المبسوط والسرائر والمختلف وغيرها ، وفي المسالك أنّه متّجه ، بل عن المبسوط أنّه الّذي يقتضيه مذهبنا ، ولعله لذا ترك الترجيح في محكي التذكرة والإيضاح والدروس .

هذا كلّه في هبة الدين لغير من هو عليه ﴿ وإن كانت له صحّ ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الإتّفاق عليه ولعلّه لصحيح معاوية بن عمّار[2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام سألته عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له ، أله أن يرجع فيها؟ قال : لا » .

(١) الوسائل الباب –٢ – من أبواب أحكام الهبات الحديث – ١ .
(٢ و٣) الوسائل الباب – ١ – من أبواب أحكام الهبات الحديث – ١ – ٢ .

ولا ينافيه صحيحه الآخر[١] عنه أيضاً « رجل كانت عليه دراهم لانسان فوهبها له ثم رجع فيها ثمّ وهبها له ثمّ هلك قال : هي للّذي وهب له » إذ الرجوع بعد الهبة إنّما كان في كلام السائل مضافاً إلى عموم الأدلّة الّتي لا ينافيها ما دلّ على اعتبار القبض في الهبة ، إذ الموهوب هنا مقبوض للموهوب له ، باعتبار كونه في ذمته ، فهو حينئذٍ كهبة ما في يده بل أقوى .

ولذا لم يجز الرجوع فيها ضرورة اقتضاء صحّتها سقوط المال عن ذمّته لعدم تعقل ملك الإنسان على نفسه شيئاً نحو غيرها من أسباب النقل كبيع الدين على من هو عليه . وغيره . فيكون ذلك بمنزلة تلف المال الموهوب الّذي هو ملزم للهبة .

﴿ و ﴾ من هنا قال المصنّف ﴿ صرفت إلى الابراء ﴾ على معنى اتّحادها معه في المفاد لا أنّ المراد بلفظ الهبة الابراء ، فإن ذلك خارج عن المقام الّذي هو هبة ما في الذمة ، ومن المعلوم أنّها من أسباب التمليك كالبيع ونحوه لا الإسقاط ولكنّها تفيد مفاد الابراء بالطريق الذي عرفت .

ومن هنا كان المتّجه اعتبار القبول فيها ﴿ و ﴾ إن قلنا إنّه ﴿ لا يشترط الابراء القبول على الاصحّ ﴾ وفاقاً للأكثر بل المشهور ، وخلافاً للمحكي عن الغنية والسرائر بل والمبسوط وإن كنّا لم نتحققه ، بل المحكي عنه التصريح بكون الأقوى عدم الإشتراط ، وإن كان الاشتراط قوياً أيضاً كالراوندي في فقه القرآن .

وعلى كلٍّ حال فالمذهب الأوّل ، لصدق الإسم بدونه ، ولأنّه اسقاط ، ولذا عبّر عنه بالعفو في قوله تعالى[٢] «إلاّ أن يعفون » إلى آخره وللنصوص المتكثرة[٣] في ابراء المديون حياً مع عدم حضوره وميّتاً ، ولغير ذلك .

لكن المقام من العقود الّتي لا بدّ فيها من القبول ، وإن كان هي بعد تمامها تفيد مفاد الإبراء ، كالصلح وبيع الدّين على من هو عليه ، وبذلك ظهر لك حقيقة الحال على وجه لا يخفى عليك التشويش في جملة من كلماتهم الّتي بعضها ظاهر في كون البحث في التعبير عن الابراء

(١) الوسائل الباب ـ ١ ـ من أبواب أحكام الهبات الحديث ـ ١ ـ ٢.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٣٧.

(٣) الوسائل الباب ـ ١٤ ـ من أبواب الدين.

بلفظ الهبة ومن المعلوم خروج ذلك عمّا نحن فيه ، اذ هو بحث آخر ، مبني على عدم اشتراط لفظ مخصوص في الابراء بل يكفي كلّ ما دلّ عليه من حقيقة أو مجاز ، وبعضها ظاهر في أنّه من الهبة ، ولكن هذا القسم من الهبة لا يحتاج إلى القبول ، لأنّها كالابراء وهو لا يحتاج إليه .

وفيه أنّ ظاهر النص والفتوى كون الهبة قسماً واحداً ، وأنّها من قسم العقود وثالث جعلها من قسم الابراء ، وبنى مسألة القبول على احتياج الابراء إليه وعدمه ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

﴿ ولا حكم للهبة ﴾ من ملك وغيره ﴿ ما لم يقبض ﴾ الموهوب على ما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في جامع المقاصد ، وعليه المتأخّرون إلاّ الفاضل في المختلف والشهيد في الدروس ، والأكثرون من علمائنا في محكي السرائر ، والمشهور في محكي ايضاح النافع ، بل عن التذكرة بعد ان حكى القول بان القبض شرط في اللزوم ، لا الصحة عن ظاهر الشيخين .

وجماعة قال : «لا يحصل الملك بدونه عند علمائنا أجمع » والإيضاح : عليه اجماع الإماميّة ، ونص الأئمة ، ونهج الحق : ذهبت إليه الإماميّة ، بل لعله مقتضى التدبّر في المحكي عن الخلاف ، وإن قال فيه لا تلزم إلا بالقبض مستدلاً عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم ، إلاّ أن الظاهر إرادة الصحّة من اللزوم فيه .

بل في الدروس لعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحّة فإن في كلامهم اشعاراً به ، فإن الشيخ قال : لا يحصل الملك إلاّ بالقبض وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد مع أنّه قائل بان الواهب لو مات لم تبطل الهبة فيرتفع الخلاف ، ونظر فيه المسالك بان العلامة في المختلف نقل القولين ، واحتج لهما ثمّ اختار الثاني ، فكيف يحمل على الآخر .

نعم كلام الشيخ الّذي نقله متناقض ، وليس حجّة على الباقين ، فإنّ الخلاف متحقّق ، ثمّ قال : وفي التذكرة اتّفق ما هو أعجب ممّا في الدروس فإنّه قال : الهبة والهديّة والصدقة لا يملكها المتهب والمهدى إليه والمتصدّق عليه بنفس الإيجاب والقبول إذا كان عيناً إلاّ بالقبض ، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع ، وهذا ظاهر في دعوى الإجماع على أن القبض شرط

في الصحّة اجماعاً ، وهو يؤيّد ما في الدروس ، وينافي ما في المختلف ويمكن أن يحمل على أنّه لا يحصل بدونه الملك التام ، وهو اللازم فيكون أعم من الصحّة وعدمها لئلا ينافي فتواه في المختلف ، ونقله الخلاف ، وإن كان خلاف الظاهر .

قلت : الظاهر أن مراده في المختلف من الصحّة الحاصلة بدون القبض صحّة العقد من حيث كونه عقداً لا صحته بمعنى ترتّب الملك عليه فيكون المراد عدم مدخليّة القبض في مفهوم الهبة باعتبار أنّها عطيّة ، وهي كذلك بل تصدق الهبة ، وتتحقّق بالعقد ، وإن توقّف الملك مع ذلك على القبض كما يشهد لذلك جوابه عن مرسل أبان – بعد أن ذكره دليلاً للمخالف – بانا نقول بموجبه بأن الهبة بنفسها لا تنقل الملك بل مع القبض .

نعم العقد صحيح لكنّه ليس لازماً ، وهو ظاهر فيما قلناه إن لم يكن صريحاً وكأنّه أراد بقوله ليس لازماً الرد على ما حكاه عن الشيخ وابن البراج بعد مسائل من أنّه إذا مات الواهب قبل الإقباض لا تبطل الهبة ، وقام الوارث مقامه كالبيع في مدّة الخيار لأنّه بعد أن حكى عنهما ذلك قال : والاقرب البطلان لنا أنّها عقد جائز قبل القبض فانفسخ بالموت كالوكالة والشركة ، وخبر داود بن الحصين الآتي .

قلت : وبه يظهر ما في المسالك وغيرها من جعل ذلك من ثمرات الخلاف فتأمّل ثمّ قال : والفرق ظاهر بينه وبين بيع الخيار لأنّه نوع معاوضة بخلاف الهبة خصوصاً والشيخ رحمه الله ذكر خلافاً في المبسوط إنّ الملك هل يحصل من حين القبض أو من حين العقد ، ويكون القبض كاشفاً ، واختار الأوّل وجعله الصحيح عنده ، وهو الذي سمعت من الدروس وحكايته عن الشيخ مستظهرا منه إرادة الصحّة من اللزوم فيها ، وربما يؤيّده أيضاً ما عن الخلاف والمبسوط من التصريح بأنّه إذا قبض بغير اذن الواهب كان القبض فاسداً بناء على أنّ ذلك من لوازم كون القبض شرطاً في الصحّة لا اللزوم ، كما عن فخر الإسلام وأبي العباس الاعتراف به بل زاد الثاني منهما البطلان لو مات أحدهما قبل القبض بل عن المبسوط إنّه فرع على ما اختار من حصول الملك بالقبض فساده بدون الإذن هذا ، ولكن المحكي عنه في الخلاف والمبسوط إنّه قال : إذا وهب لغيره عبداً ولم يقبضه حتى هلّ شوال ثمّ قبضه فالفطرة على الموهوب له لأنّ الهبة تنعقد

بالإيجاب والقبول وليس من شرط انعقادها القبض وسنبيّن ذلك في باب الهبة ، وإذا ثبت ذلك ثبت هذه لأنّ أحداً لم يفرّق بينهما وفي أصحابنا من يقول القبض شرط فى صحة الهبة وعلى هذا لافطرة ، وتلزم الفطرة – الواهب ، وهو كالصريح في حصول الملك الموجب للفطرة بالهبة قبل القبض ، أللهمّ إلاّ أن يدعى أن عنوان وجوب الفطرة «الموهوب» وإن لم يكن ملكاً ، إلاّ أنه كما ترى ، والتزام اختلاف كلام الشيخ لبعد المسافة بينهما أولى

وعلى كل حال فكلام القائلين بكونه شرطاً للّزوم غير منقح ، وخصوصاً بعدما ستعرفه من الإجماع على جواز الهبة بعد القبض أيضاً إلاّ في مواضع خاصّة ، وحمل كلام القائل عليها – بمعنى أنّه لا جهة للزوم قبله– بخلاف ما بعده فإنّه قد يلزم – واضح الفساد ، بل الظاهر أن اللزوم في المواضع المخصوصة ، لخصوصها ، لا للقبض الّذي هو كما أنّه حاصل فيها حاصل في غيرها ، ولو كان سبباً في اللزوم لاقتضاه في الجميع كما هو واضح ، اللّهمّ إلاّ أن يقال كما ستعرف فيما يأتي أن المراد بجواز الرجوع بالهبة ما لا ينافي اللزوم ، باعتبار عدم كونه فسخاً لعقد الهبة ، وإنمّا هو ناقل للملك من المتهب ، وحينئذٍ يكون العقد لازماً بالقبض ، بمعنى عدم جواز فسخه ، وإن جاز الرجوع بالهبة ، بخلاف ما قبل القبض ، فإن له فسخ العقد ، وعليه ينطبق حينئذٍ ما في بعض النصوص من أنّ له الخيار ما لم يقبض ، فإنّه لا خيار له في نفس العقد بعد القبض ولكنّه أيضاً مناف لظاهر ما تسمعه منهم من كون الرجوع بالهبة بعد القبض فسخاً لعقدها لا ناقلاً مستقلاً ، وإن ذهب إليه بعض الشافعيّة فلاحظ وتأمّل ، وحينئذٍ تتم المنافاة المزبورة ، بل هو أيضاً مناف للاجماع إن لم يكن المحصل على مدخلية القبض في الهبة مطلقاً في الجملة ، وعلى التقدير المزبور ليس للقبض حينئذٍ في أكثر افراد الهبة مدخليّة لا في صحّة ولا في لزوم .

وبذلك كله يظهر ضعف القول المزبور ، بل لم اتحققّ قائلاً به على الوجه المحرّر عند المتأخرّين الّذي ذكروا له الثمرات ، وإن نسب إلى جماعة كظاهر الشيخين وبني حمزة والبراج وإدريس ولم يحضرنا كلام بعضهم ، ولعلّه كغيره ممّا حضرنا لا صراحة فيه أو غير منقح .

كلّ ذلك مضافاً إلى دلالة النصوص على المشهور أيضاً كخبر أبي بصير[1] المنجبر بما عرفت

---

(١) الوسائل الباب – ٤ – من أبواب أحكام الهبات – ٧ .

عن أبي عبد الله عليه‌السلام « الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه » فإنّ نفى الصحّة أقرب من غيره الى نفي الماهيّة ، وموثق داود[1] « الهبة والنحلة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها قال : هو ميراث ، فإن كانت لصبي في حجره أو أشهد عليه فهو جائز » فإن الظاهر منه بقاؤها على الملكية ولذا كان ميراثاً ، لا أنّه كان عقدا جائزا انفسخ بالموت وصار ميراثا ، كما التزم به الفاضل في المختلف فإنّه وإن كان محتملاً إلاّ أنّه مخالف للظاهر ، ولا داعي له لما ستعرف من عدم المعارض المقتضى لارتكاب خلاف الظاهر .

وبذلك يظهر وجه الدلالة أيضاً في مرسل أبان[2] عن الصادق عليه‌السلام أيضا «النحلة والهبة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث » إذ هو كالسابق ، وان اختلف معه بلفظ المنزلة المراد منه من جهة تعلّق عقد الهبة المفيد للتهيؤ وإن لم يكن ناقلاً .

كلّ ذلك مضافاً إلى فحوى ما تقدم في الصدقة التي لا فرق بينها وبين الهبة إلاّ باشتراط قصد القربة وعدمه ، كما أومأت إليه النصوص سابقاً ، وإلى عدم دليل صالح لمعارضة ما سمعت سوى العمومات التي يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت فضلاً عن جميعه مضافاً إلى المناقشة في خبر « أوفوا بالعقود » منها وإن كان فيها ما فيها .

وسوى صحيح أبي بصير[3] عن أبي عبد الله عليه‌السلام « الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، قسّمت أو لم تقسم ، والنحل لا تجوز حتّى تقبض وإنّما أراد الناس ذلك فاخطأوا » الّذي ليس بواضح الدلالة .

ضرورة كون المظنون مساواة المراد به لخبره الآخر[4] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن صدقة ما لم يقسم ولم يقبض فقال : جائزة إنّما أراد الناس النحل فأخطأوا » بل عن بعضهم احتمال اتّحاده معه ، والتعبير بالهبة من الراوى أو النساخ ، وقد فسّر في الوافي خبر الصدقة بأنّهم أرادوا الفتوى بالمنع من ذلك في النحل فأخطأوا ، فمنعوا منه في الصدقات ، وذلك لأنّهم أطلقوا الصدقة وأرادوا به النحلة .

(١ و٢) الوسائل – ٤ – من أبواب أحكام الهبات –٥ –١ .

(٣) الوسائل الباب – ٤ – من أبواب أحكام الهبات الحديث –٤ .

(٤) الوسائل الباب –٩ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث –٢ .

وعلى كلّ حال يكون الموضوع فيهما حينئذٍ هبة ما لم يقبض للواهب ولم يقسم كذلك وهو غير ما نحن فيه مضافاً إلى ما في التنقيح — من أنه لا دلالة في الرواية على المدّعى ، وإنما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه وتبين فيها الحق — وإلى ما فيها من مخالفة الإجماع من الفرق بين الهبة والنحلة وإلى احتمال كون المراد في الصدر بيان حكم هبة ما لم يكن مقبوضاً للواهب من أملاكه كميراث لم يصل إلى يده أو قبل أن يقسمه ، وفي ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب ، والتعبير بالنحلة ، لا للفرق بينها وبين الهبة ، بل تفنّنا في التعبير وإلى غير ذلك ممّا يقطع ببعضه بسقوط دلالته على المطلوب فضلاً عن جميعه .

ومن ذلك يعلم الكلام في دعوى دلالة خبر عبد الرحمن بن سيابة[1] عن أبي عبد الله عليه‌السلام «إذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة » .

ضرورة إمكان إرادة الواهب من الصاحب لا الموهوب ، بل ربما احتمل فيه وفي غيره إرادة اللزوم من الجواز كما في كثير من النصوص فيكون حينئذٍ خارجاً مخرج التقية ، وإن كان هو بعيداً في مثل الخبر الأول الّذي ذكر التعريض بهم وفيه ، وإرادة أصل المشروعية بمعنى عدم وقوع عقد الهبة باطلاً بحيث لو جاءه القبض بعد ذلك لم يصحّ وغير ذلك فلا محيص حينئذ عن القول باعتبار القبض االصحّة على وجه لا يترتّب عليه ملك قبلها إلاّ على احتمال الكشف الّذي هو قوي في نفسه ، وقد قررناه في نظائره غير مرّة إلاّ ان الاجماع بحسب الظاهر هنا على خلافه ، وأمّا الاستدلال بما في بعض النصوص [2] من الخيار في الرجوع وعدمه قبل القبض لا بعده فلا خيار ، ففيه مؤوّلة عند الفريقين بإرادة الكراهة ونحوها للإتفاق على الجواز بعد القبض من الجميع .

﴿ ولو أقرّ ﴾ الواهب ﴿ بالهبة والإقباض ، حكم عليه بإقراره ﴾ لعموم «اقرار العقلاء» ﴿ ولو كانت في يد الواهب ﴾ لعدم المنافاة بعد جواز اقباضه إيّاها ثم ردّها إليه إلاّ مع العلم بكذبه ﴿ ولو أنكر بعد ذلك لم يقبل ﴾ بلا إشكال ولا خلاف بل ليس له

(١) الوسائل الباب —٤— من أبواب أحكام الهبات الحديث — ٣ .
(٢) الوسائل الباب —٤— من أبواب أحكام الهبات الحديث — ٦ و٨ .

اليمين على الموهوب ، لأنّ الغرض ثبوت الهبة والإقباض شرعاً .

نعم لو ادعى المواطاة على الإقرار ، وأن مخبره لم يكن واقعاً توجه له اليمين عليه على حصول القبض كما في الدروس والمسالك ومحكي المبسوط والمهذب ، أو على عدم المواطاة كما في محكي الحواشي المنسوبة إلى الشهيد و جامع المقاصد ، والأقوى الأوّل لأنّه هو المقصود في الدعوى والمواطاة إنّما ذكرت لبيان دعوى العلم بفساد ما وقع مع الإقرار الّذي هو إمارة في الظاهر ، ومثله الإقرار بالبيع ، وقبض الثمن ثمّ أنكر وادّعى المواطاة أو الإقتراض وادّعاها .

﴿ ولو مات الواهب ﴾ أو الموهوب ﴿ بعد العقد ﴾ بل والاذن ﴿ وقبل القبض كانت ميراثاً ﴾ على المشهور بل في محكي التذكرة نسبته إلى علمائنا لعدم اجتماع شرائط الصحّة ، وتلفيق السبب من الوارث والمالك لم يثبت مشروعيّته بعد انسياق العمومات والإطلاقات إلى خلافه .

ومن هنا كان الحكم عاماً في جميع شرائط الصحّة مضافاً إلى ما سمعته من الخبرين السابقين المحكوم فيهما بكونها ميراثاً إلاّ أنّه مع ذلك كلّه حكى عن الشيخ وابن البراج القول بعدم بطلانها بموت الواهب وأنّه يقوم مقامه كالبيع في مدّة الخيار من حيث إن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ وهو كأنه اجتهاد في مقابلة النص ، بل والقواعد .

ولذا جزم الفاضل بكونها ميراثاً مع قوله بعدم كون القبض من شروط الصحّة على أنّ المحكي عن الشيخ رحمه الله في هبة ذي الرحم إذا مات قبل قبضها كان ميراثاً كما أن المحكي عنه ما سمعته من أن الملك يحصل بالقبض ، وليس هو كاشفاً عن حصوله بالعقد ، فكلامه لا يخلو من تهافت كما أومأنا إليه سابقاً ، ولا فرق في الحكم المزبور بين الاذن قبله وعدمها لبطلانها بالموت ، وهو واضح كوضوح الحكم فيما لو أرسل هدية إلى انسان فمات المهدي أو المهدى إليه قبل وصولها ، إذ هو من المفروض في الحقيقة فليس للرسول حينئذٍ دفعها إليه ولا إلى وارثه للبطلان بالموت ، والله العالم .

﴿ ويشترط في صحة القبض ﴾ الّذي هو شرط في صحة الهبة على ما عرفت ﴿ اذن الواهب ﴾ كما في غيره ممّا اعترف فيه القبض بلا خلّاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه مضافاً إلى أنّه مقتضى أصل عدم ترتب الأثر ، وأصل عدم الانتقال مع عدم اطلاق يوثق به في تناوله مثله بل لعل ما دلّ على شرطيّته ظاهر في خلافه بناءعلىقراءاته يُقبضها من باب الافعال أو التفعيل كما هو واضح .

وحينئذٍ ﴿ فلو قبض الموهوب ﴾ له ﴿ من غير إذنه لم ينتقل إلى الموهوب له ﴾ لعدم حصول الشرط إلاّ مع الإجازة بناء على جريانها في مثله ، ولا فرق في ذلك عندنا بين المجلس وغيره ، ودعوى ظهور العقد في الاذن بذلك في المجلس دون غيره – كما عن بعض العامة ، بل أبي حنيفة منهم – واضحة الفساد مع فرض عدم القرينة .

نعم قد يتوجّه عدم اعتبار الاذن على القول بتحقّق الملك قبله لقاعدة «تسلّط الناس على أموالها » وإن كان لا يترتّب عليه لزوم في حق الواهب في موضوعه كهبة الرحم ونحوها لبعض ما سمعته من الأدلّة على القول الأوّل مع احتماله هذا .

وربما استفيد من اطلاق اعتبار الاذن عدم اشتراط كونه بنية الهبة فلو اذن فيه مطلقاً صح ، بل في الرياض أنّه الأشهر ، وعليه عامة من تأخر ، وفي الكفاية أنّه المشهور لكن قد عرفت الكلام فيه في الوقف لم نتحقّق ما ذكراه من الشهرة بل صرح الفاضل في القواعد هنا باعتبار ايقاع القبض للهبة .

وفي المسالك هنا بعد ان حكى عن بعض الأصحاب اعتبار ذلك لصلاحيّة مطلق القبض لها ولغيرها فلابد من مايز ، وهو القصد قال تبعاً لجامع المقاصد ، وهو حسن حيث يصرح بكون القبض لا لها ، لعدم تحقق القبض المعتبر فيها ، أما لو أطلق فالإكتفاء به أجود لصدق اسم القبض وصلاحيّته للهبة ، ودلالة القرائن عليه ، بخلاف ما لو صرح بالصارف » .

ولا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم كون البحث في الحكم الظاهرى إنّما الكلام في اصل تحقق الشرط بالقبض الخالي في الواقع عن قصد كونه للهبة ، سواء كان بقصد غيرها أولا ، ولا معنى لصرف مثل ذلك إليها بعد فرض تشخصه في الخارج ، ودعوى – تحققّ الشرطيّة

بذلك دون المقصود به غير الهبة – واضحة المنع ، ولا ريب في أنّ الأصل عدم ترتب الأثر بعد فرض عدم اطلاق يوثق به في تناول مثله لتحقّق الشرط المعلوم اشتراطه ويقبل قول كلّ من الواهب والمتهب في تشخيص القصد ، فلو خالفه الآخر قدم بيمينه ، لأنّه اعلم بقصده ، هذا كلّه في هبة غير المقبوض للموهوب له .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿ لو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ ، ولم يفتقر إلى اذن الواهب في القبض ، ولا أن يمضى زمان يمكن فيه القبض ﴾ بلا خلاف أجده بين من تأخر عن المصنّف ﴿ و ﴾ لا إشكال .

نعم ﴿ ربما صار الى ذلك بعض ﴾ من تقدّمه من ﴿ الأصحاب ﴾ كالشيخ رحمه الله ويحيى بن سعيد فاعتبرا الاذن في القبض ، ولو من إقراره له ومضيّ زمان يمكن فيه القبض ، قال أولها في المحكي عن مبسوطه : إذا وهب له شيئاً في يده مثل أن يكون في يده وديعه فيهبها له نظر ، فإن أذن له في القبض ومضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزم العقد ، وإن لم يأذن له في القبض فهل يلزم القبض بمضى الزمان الّذي يمكن فيه القبض أولا بدّ من الاذن في القبض ، الأقوى أنّـه لا يفتقر الى الاذن في القبض ، لأن اقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض .

وثانيها في المحكي عن جامعه إذا أذن له في قبضه ومضى زمان يمكن فيه القبض صحت الهبة ، وفيه منع تناول دليل الشرطية لمثل الفرض فيبقى اصالة استقلال العقد بتسبيب الملك بحاله ، والا لوجب ارجاعه ثمّ قبضه جديدا ، لتحقق صدق القبض للهبة حينئذٍ حقيقة ، فإن استدامة القبض ولو مع الاذن ومضيّ الزمان ليست قبضا حقيقة ، ولو سلم فيكفى الاذن ولا يحتاج إلى مضيّ زمان قطعاً ، ووجّهه في المسالك بأنّ اقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض ، فيكون ذلك كتجديد الاقباض فيعتبر مضيّ زمان يمكن فيه القبض ، كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إيّاه فإنّه يعتبر مضيّ زمان يكون فيه القبض ، فكذا هنا ، ثمّ أجاب عنه بما حاصله أن ايجاب العقد واقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها وليس هو اقباضاً بل هو متحقّق قبله ، وإنّما هو علامة وأمارة على رضاه بالقبض السابق ، وينزله منزلة الإقباض .

وفيه ما لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه من عدم الدليل على الشرطية في الفرض وعلى تقديره فالمتجه عوده ثمّ قبضه ، ولو سلم كفاية الاذن في الاستدامة في تحقق مسماه ، فيمكن منع دلالة الإيجاب والإقرار على مقتضى القبض السابق على ذلك ، وإلاّ لاتّجه كلام أبي حنيفة المتقدّم سابقاً ، على أنّه لا يتمّ فيما لو فرض خلوّ الواهب عن ذلك المشمول لاطلاق المصنف وغيره .

ومن هنا ناقش في الرياض في أصل الدليل بعد أن حكاه عنهم : « بـأنّ دعوى حصول القبض المشترط أوّل البحث » لعدم عموم يدل على كفاية مطلقه لا من اجماع ولا من غيره للخلاف ، وظهور النصوص المشترطة له بحكم التبادر في القبض بعد العقد فاللازم في غيره الرجوع إلى حكم الأصل الدال على عدم الصحة ، أو اللزوم إلى أن يتحقّق القبض المتيقّن ايجابه لها ، وليس الا المجمع عليه وهو القبض الخاص به ، أو المأذون فيه ثانياً للهبة ، ولعلّه لذا اعتبر بعض الأصحاب ما أسقطه الأكثر ، وهو أظهر ، إن لم يكن اجماع المتأخّرين على خلافه انعقد ، إلى أن قال : ويحتمل قوياً المصير إلى مختار الأكثر لما مرّ في الوقف وسيأتي في هذا البحث من الاكتفاء بقبض الولي الواهب مع سبقه على العقد ، للنصوص الدالة عليه ، المعللة بعضها له بحصول القبض ، من دون أن يذكر فيها ما مرّ من القيود ، وهذا التعليل جار في المفروض والعلة المنصوصة يتعدّى إلى غير المورد كما تقرّر في الاصول » .

وإن كان فيه مواضع للنظر لمن أحرز ما قدّمناه في الوقف وفي المقام ، وما يأتي ، وقد تقدم نظير هذه المسألة في الرهن وفي الوقف فلاحظ وتأمّل كي تعرف الحال في القبض الغضبي أيضاً الّذي قد صرّح هنا غير واحد بعدم الفرق بينه وبين غيره ، بل لم أجد فيه خلافا الا ما عساه يظهر من ثاني الشهيدين في الروضة من المَيْل إلى الفرق بينه وبين غيره ، باعتبار أنّه لا يد للغاصب عليه شرعاً ، بل ظاهره أنّه قول للبعض ، وإن كنا لم نتحقّقه ، بل لا وجه معتد به له بناء على حصول الاذن من العقد فيه ، إذ لا فرق في اقتضائها تغيير الاستدامة عن الابتداء بين الجميع كما أنّ الوجه عدم الفرق أيضاً على ما ذكرناه وهو واضح والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ الحال ﴿ لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير ﴾ ولو انثى ما هو في يده ﴿ لزم بالعقد ﴾ بلا خلاف أجده فيه لنحو ما سمعته فيما تقدّم ولذيل موثق داود[١]

---

(١) الوسائل الباب –٥– من أبواب أحكام الهبات الحديث –٢– .

المتقدّم ((فإن كانت لصبي في حجره وأشهد عليه فهو جائز)) مضافاً إلى فحوى ما تقدّم في الوقف من قوله[١] « وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم » .

والتعليل في الصحيح الآخر[٢] « لأن والده هو الّذي يلي أمره » وفي خبر عليّ بن جعفر عليه‌السلام[٣] « إذا كان أب يتصدق على ولد صغير فانّها جائزة ، لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً » وغير ذلك ، إنّما الكلام في اعتبار قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحّض القبض بها وعدمه .

في المسالك تبعا لغيره ينبغي ذلك عند من يعتبر ايقاع القبض للهبة كالعلامة لأنّ المال المقبوض في يد الولي له ، فلا ينصرف إلى الطفل إلاّ بصارف ، وهو القصد ، وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعده القبض لغيره هنا ، وينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة ، ويلزم ذلك .

قلت : قد عرفت تحقيق الحال هنا وفي باب الوقف وأنّه بناء على الشرطية في الفرض وكفاية القصد في الاستدامة في تحقّق مسمّاه لا بدّ من حصوله ، وإلا يكن قبضاً ، ومع الإطلاق لا ينصرف إليه قطعاً ؛ إذ الفرض خلوّه في الواقع خصوصاً في قبض الولي الّذي كان قبضاً لنفسه ، على أنّه مع فرض عدم التجديد يكون ناوياً للخلاف ، ضرورة لحوق الاستدامة بالابتداء ما لم يجدّد لها قصداً يفصلها عن الابتداء ، والنصوص السابقة إن لم تكن ظاهرة فيما ذكرناه من تجديد القصد المزبور ، فهي مبنية على سقوط الشرط في الفرض نحو ما ذكرناه في المسألة السابقة ، وربما كان قول المصنّف ، « وكذا » إشارة إلى ذلك ، ولا ينافيه التعليل بقوله ﴿ لأن قبض الولي قبض عنه ﴾ الّذي يمكن إرادة بيان الوجه في سقوط الشرط بذلك منه .

وعلى كلّ حال فالمراد من المتن وغيره ممّن اطلق ما قيدنا به العبارة من كون الموهوب في يده ، أمّا لو فرض خروجه عنها كميراث لم يصل إليه ، أو مبيع لم يقبضه فلا ريب في افتقار صحّة هبة إلى قبض .

(١ و ٢) الوسائل الباب – ٤ – من أبواب أحكام الوقوف الحديث – ٤ و ٥ .
(٣) الوسائل الباب –٥– من أبواب أحكام الهبات الحديث –٥ .

نعم في المسالك وغيرها عدم خروج الوديعة عن اليد لأنَّ يد المستودع كيده وفي العارية وجهان أجودهما خروجها عن يده فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه ، ولو وكّل المستعير فيه كفى .

لكن لا يخفى ما في الفرق بين الوديعة والعارية ، سواء كان ذلك من حيث كونهما كذلك أو من حيث أفرادهما ، كما أنّه لا يخفى عليك ما في دعوى عدم الخروج بالاستيداع مطلقاً عن اليد ، ضرورة عدم صدق كونه في يده ، وتحت قبضته في جملة من أفراد الوديعة وإن حكى عن الإيضاح الإجماع عليه في الوديعة ، وأنّها كالمال في يد الوكيل ، فإن تم كان هو الحجّة ، وإلاّ كان مشكلاً .

وفي القواعد ، ولو كان مغصوباً أو مستأجراً أو مستعاراً على اشكال ، افتقر الى القبض بخلاف ما في يد وكيله ، والظاهر اختصاص الإشكال في العارية ، كما عن الإيضاح التصريح بذلك ، مدعياً الإجماع على الافتقار في الأوّلين ، وجعل وجه الإشكال فيها من عدم كونها بحق لازم فكانت كقبض الوكيل ، ومن أنّه إنمّا قبضه لنفسه فكانت اليد له لا للمعير فكان كالمستأجر .

وفيه : أنّه لا مدخليّة للأوّل في صدق القبض وإلاّ لكان المغصوب مقبوضاً أيضاً كما عن الشهيد الإشكال فيه أيضاً لذلك حاكياً له عن بعض النسخ المقروءة على المصنّف إلاّ أنّه كما ترى مناف للصدق العرفي الّذي عليه المدار ، حتى في مثل الاجارة الّتي يمكن حصولها مع فرض كون العين في يد المؤجر ، وحينئذٍ لا ينافي القبض المزبور الّذي هو في كلّ شيء بحسبه بمقتضى العرف فتأمّل جيداً .

وخرج بقوله « الصغير » الكبير الّذي لا ولاية لها عليه في مثل ذلك ذكراً كان أو انثى ، وإن بقيت ولايتها على الأُنثى في النكاح عند بعض ، لدعوى الدليل عليه بالخصوص لا مطلقاً ، فإن الرشيدة إذا تصرفت بمالها ببيع وهبة لم يتوقّف على الولي اتفاقاً لعموم «الناس مسلّطون» وغيره لكن عن الاسكافي إلحاق الاناث وإن رشدن بالصغار في كون قبض الأب قبضاً لهم ، ولا ريب في ضعفه ، إلاّ أن ينزل على الوكالة والاذن في ذلك كما هو واضح .

﴿ ولو وهبه غير الأب والجدّ لم يكن له بدّ من القبض عنه سواء كان له ولاية أولم تكن ، ويتولى ذلك الولي أو الحاكم ﴾ بلا خلاف ولا اشكال في ذلك ، اذا كان الواهب غير الولي ، ضرورة كونه حينئذٍ أجنبيا ، فلا يكون قبضه حينئذٍ عن الطفل قبضاً إنّما الكلام في قول المصنّف (سواء) إلى آخره فإن مقتضاه كون الوصى أجنبيا أيضاً ، فلا يقوم قبضه عنه ، من غير فرق بين كونه هو الواهب أو غيره ، كما عن المبسوط التصريح بذلك ولم نعرفه لغيرهما صريحاً ، محتجاً بأنّه لا يصحّ له أن يبيع له شيئاً من نفسه ، ولا أن يشترى منه كذلك فينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبة الصبى ويقبضها له .

وفيه : أن ولاية الوصى عامة كالاب والجد بالنسبة إلى ذلك ، بل ولايته في الحقيقة من ولايتهما ، بل لعل التعليل المزبور في الخبر المتقدّم سابقاً يقتضى ذلك بل قد يشكل ولاية الحاكم الّذي هو وليّ له في الفرض المزبور الّذي وصّى أحد الأبوين فيه موجود ، ودعوى ولايته في خصوص هذا التصرف كما ترى ، بل التزام عدم جواز هذا التصرف حينئذٍ أولى .

وأولى منه ما اخترناه من عموم ولايته ، بل هي ولاية الأبوين في الحقيقة ، كما أن عموم ولاية الحاكم الّتي هي من ولاية الولي الحقيقى أولى ، فمن الغريب موافقة المصنّف هنا لما سمعته عن الشيخ الممنوع أصلاً وتفريعاً ، ولو حمل كلام المصنّف على أن ذلك منه بناء على التردّد في مسألة اتّحاد الموجب والقابل بالنسبة إلى غير الأب والجد كما سمعته منه في الوقف – ففيه أنّ الّذي استظهره بعد التردّد هناك الاكتفاء بقبض الوصى ، فكان المناسب هنا ذكر الحكم كذلك هذا .

وفي المسالك «قول المصنّف : ويتولّى» إلى آخره يمكن فرضها مع كون الواهب غير وليّ ، وأما إذا كان ولياً كالوصيّ فلا يفرض فيه إلاّ تولّى الحاكم ، لأنّ الوصيّ لا يتحقّق مع وجود الأب والجد له كما سيأتي ، فلم يبق إلاّ الحاكم ، وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك مطلقاً .

قلت : وأمّا لوكان الواهب الحاكم ، والفرض عدم ولي غيره ، فلا بدّ من التزام قبض حاكم آخر عنه ، وقد عرفت التحقيق الخالي عن مثل هذه الالتزامات والله العالم .

﴿ وهبة المشاع جائزة ﴾ عندنا بل عن الغنية ونهج الحق الإجماع عليه ، بل في جامع المقاصد لا خلاف بين أصحابنا في صحّة هبة كلما صحّ بيعه من الأعيان سواء كان مشاعاً أو مقسوماً من الشريك وغيره ، وعن التذكرة تصحّ هبة المشاع كما يصحّ بيعه على الحدّ الّذي يجوز بيعه عند علمائنا أجمع ، وهو الحجّة مضافاً إلى العمومات ، وفحوى ما دلّ عليه من النصوص الكثيرة الّتي يمكن دعوى تواترها في الصدقة .

وخصوص موثق أحمد بن عمر[1] الحلبي «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ، قال : يجوز قلت : أرأيت إن كان هبة ؟ قال يجوز » .

وصحيح أبي بصير[2] المتقدّم سابقاً ، بل قد يستفاد من المروي في طرق العامة فضلاً عن الخاصّة كالنبوي[3] «زن وارجح » بناء على أن الراجح هبة مشاع ، وقوله عليه‌السلام لوَفْدِ هوازن لمّا جاءوا يطلبون منه أن يردّ عليهم ما غنمه منهم[4] : «ما كان لي ولبني عبد المطّلب فهو لكم » ولكن مع ذلك كلّه والمحكي عن أبي حنيفة أن هبة المشاع الّذي يمكن قسمته لا تجوز لغير الشريك والّذي لا تمكن قسمته لا تجوز هبته مطلقاً ، وعن مالك المنع من هبة المنقسم بين اثنين مستندين إلى أن وجوب القسمة يمنع من صحة القبض وتمامه وهو كما ترى تهجس واستحسان يندفع بوجوب تسليمه أجمع ثمّ أنه يقسم .

﴿ و ﴾ كيف ما كان فـ ﴿ قبضه ﴾ فهو ﴿ كقبضه في البيع ﴾ ضرورة اتّحاد معناه عرفاً فيهما وفي غيرهما فيجرى فيه حينئذٍ القولان ، وهما الاكتفاء بالتخلية مطلقاً كما هو المختار ، والتفصيل بها في غير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه بلا خلاف أجده فيه إلاّ ما يحكى عن القاضي منّا وبعض الشافعية من غيرنا من الفرق بينهما : بأنّ القبض في البيع مستحق ، وللمشتري المطالبة ، فجاز أن يجعل بالتمكين قابضاً ، بخلاف الهبة فإنّ القبض غير مستحقّ فاعتبر تحقّقه ، ولم يكتف بمطلق التخلية في المنقول وان اكتفينا بها في البيع ، وليس بشيء بعد

(١و٢) الوسائل الباب -٩- من أبواب أحكام الوقوف الحديث -١-٢ .

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٤٦٤ جامع الصغير ج ٢ ص ٢٨ الطبع أحمد حنفى .

(٤) البحار ج ٢١ ص ١٨٥ من الطبعة الحديثة (الاخوندى) .

ما عرفت من اتّحاد مفهومه لغة وعرفاً ، وما ذكره إنّما يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته .

ثم إنّ الظاهر تحقّق التخلية من دون اذن الشريك لعدم توقف مفهومها على التصرّف فيه ، ولو قبضه في يده ، اذ هي على ما حققنا كون الشيء تحت يده ، وفي سلطانه على نحو المالك الذي لا إشكال في كون ماله مقبوضاً له بمعنى كونه في قبضه ، وإن كان له شريك فيه ، فمتى خلى بينه وبين الموهوب على هذا الوجه تحقّق القبض .

وإن كان صريح جماعة وظاهر آخرين عدم اعتبار إذن الشريك في القبض بالمعنى المزبور خلافاً في الدروس فاعتبر اذن الشريك أيضاً فيها ، ووجه بأنّ المراد بها رفع يد المالك وتسليط القابض على العين ، وذلك لا يتحقّق الا بالتصرف في مال الشريك فيعتبر اذنه ورفع المانع عن حصة خاصّة مع الاشاعة لا يحصل به التسلط المقصود من القبض ، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة ، ومن ثمّ لو كانت العين مغصوبة بيد متسلّط لم تكف التخلية من المالك ، وتسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم .

وهو كما ترى وإن استحسنه في المسالك ، إذ التسلط لا يتوقف على الدخول في الدار ونحوها ، وفرق واضح بين الفرض وبين الغصب الرافع للتسلط العرفي ، وهو المانع عن صدق كون المال تحت قبضته وسلطانه .

وبذلك كله ظهر لك أنّه حينئذٍ لا بحث على المختار من تحقّق القبض بالتخلية مطلقاً ، أمّا على التفصيل فيتحقّق في المنقول بتسليم الموهوب الجميع حينئذٍ كما إذا كان الباقي من الحصّة للواهب أو لغيره وقد أذن ، فإن امتنع وكله الموهوب له على القبض عنه ، فإن امتنع مثلاً رفع الأمر إلى الحاكم ليقبضه بنفسه أو نائبه .

وعن الفاضل في المختلف الإكتفاء بالتخلية مع امتناع الشريك لعدم القدرة الشرعية منزلة عدمها الحسية في غير المنقول ، وفيه منع عدم القدرة الشرعيّة مع وجود الحاكم المنصوب لأمثال ذلك ، أمّا مع عدمه ففي الدروس وللمسالك لا بأس به دفعا للضرر والعسر .

وفيه : أنّ المتّجه حينئذٍ مع فرض عدم قيام غيره من عدول المؤمنين مقامه بقاء الهبة موقوفة ضرورة عدم تغيّر معنى القبض بذلك ، والفرض اشتراطها به كما هو واضح .

ثمّ إنّه قد صرّح غير واحد بعدم وقوع القبض اذا كان من دون إذن الشريك حيث يعتبر — لا للنهي الذي لا يقتضى الفساد في المعاملة على ما حرّر في محلّه — بل لأنّ القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مرادا للشارع ، فإذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعاً ، فيختل ركن العقد ، وقد عرفت أنّه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم بجعل المقبوض للموهوب معتبراً والنهي عن الحق الغير الخارج عن حقيقة الموهوب .

إلاّ أنّه كما ترى لا يرجع إلى مستند صالح بعد فرض كون النهي لأمر خارج لا يترتب عليه فساد ، ومعلومية كون القبض شرطاً في صحّة العقد ، وعدم اعتبار ما كان بغير إذن الواهب لظهور الأدلّة في اعتبار الاقباض المعتبر في تحقّقه الاذن كما أومأنا إليه سابقاً .

كلّ ذلك مع أنّ الفاضل وولده والشهيدين وغيرهم على ما حكى عنهم قد صرحوا في كتاب الرهن بصحّة قبض المشاع من دون اذن الشريك ، وترتّب أثر الرهانة عليه ، وإن تعدى به معلّلين له بأن النهي إنما هو لحق الشريك لا للاذن من قبل الراهن الّذي هو المعتبر شرعاً ، وكونه قبضاً واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة ، ومثله آت في المقام إذ لا فرق بينهما بعد فرض كون القبض شرطاً في الصحّة فيهما .

ومن ذلك يعلم الحال أيضاً في هبة المرهون واقباضه بدون اذن المرتهن وان استشكل فيه في القواعد ، بل عن الايضاح وغيره عدم الصحة لما سمعته من التعليل المزبور الّذي عرفت ما فيه .

نعم قد يقال : بعدم الحكم بحصول الملك فعلا حتّى يقع الفكّ له ، وإلا انكشف فساد الهبة ، ولعلّه المراد من قوله في القواعد فإن سوّغناه لم يحصل الملك ، فإن فك صحّت الهبة أو يقال بحصول الملك له بذلك ، ولكن حق الرهانة على تعلّقها ، ولا يمنع ذلك من التسلّط على بيعه وإن انتقل إلى غير الواهب إذ هو كانتقاله إلى الوارث مثلاً .

نعم تبقى الصحّة مراعاة لو وهبه المرهون ولم يقبضه ، فإن بيع ظهر البطلان ، وإن انفك فللراهن الخيار في الاقباض وعدمه بعدما ستعرف من عدم اشتراط فورية القبض .

ومن ذلك يعلم أيضاً الكلام في هبة المستأجر ولغير المستأجر ، ضرورة اتحاد المدرك في الجميع ، وقد تقدّم في كتاب الرهن ماله نفع تام في أمثال هذه المباحث كما أنّه تقدّم في كتاب

البيع في بحث اشتراط القدرة على التسليم ما يستفاد منه صحّة الهبة لغير المقدور على تسليمها حال الهبة إذا اتفق الإقباض بعد ذلك .

فما عن المبسوط والتحرّير والتذكرة من اشتراط صحة هبة المغصوب لغير الغاصب بالقدرة على الانتزاع بل عن الأخير التصريح بفسادها ، وفساد هبة الآبق والضال لامتناع الاقباض كما ترى لا دليل عليه فيما كان اقباضه ممكناً ، وإن كان غير مقدور الآن فيصح حينئذٍ ، ويتمّ بالإقباض كما أوضحنا في البيع الّذي فرق واضح بينه وبين المقام من حيث المعاوضة وعدمها .

نعم هي نحوه إذا كان فيها عوض ، ويكون المدار على ما يعدّ سفهاً في انظار العقلاء .

﴿ ولو وهب لاثنين شيئاً ﴾ مثلاً ﴿ فقبلا وقبضا ، وملك كل واحد منهما ما وهب له ﴾ ولو مشاعاً لوجود المقتضى من العمومات وارتفاع المانع ﴿ فإن قبل أحدهما وقبض ، وامتنع الآخر ، صحت الهبة للقابض ﴾ منهما لاجتماع شرائط صحتها فيه دون الآخر ، وليس ذا من تبعيض العقد ، فإنّه باعتبار تعدّد القابل كان بمنزلة عقدين كما لو اشتريا دفعة ، فإن لكلّ منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه كما في المسالك وغيرها .

قلت : وعليه يجوز للواهب الرجوع بهبة أحدهما دون الآخر ، وكذا الحال فيما لو تعدد الواهب ، واتحد القابل .

نعم لو تعدّد المال الموهوب قد يشكل جواز الرجوع بأحدهما دون الآخر ، بناء على أن رجوعه فسخ للعقد ، لاقتضائه التبعيض في العقد الواحد ، وليس كالواقع من أصله مبعّضاً نحو أن يهب ماله ومال غيره ، أو ما تصحّ هبته وما لا تصحّ هبته .

وكان الوجه في ذلك معلوميّة عدم اعتبار الوحدة في متعلّق العقد ، بل هي كغيرها في اقتضائه ، بخلاف تعدّد القبول أو الايجاب ، فإنّه في قوة التعدّد ، والاّ لاقتضى مشروعيّة عقد واحد متعدّد ايجابه ، ويتّحد قبوله ، وبالعكس وهو غير معهود ، بل المعهود خلافه ، من أن العقد هو الإيجاب والقبول فلا بدّ حينئذٍ من جعل ايجاب ، ولو تنزيلاً مقابلاً للقبول مع فرض تعدّده ، وبالعكس ، وربما كان العرف يشهد لذلك أيضاً ، ومع الاغضاء عن ذلك

كلّه وجعل التعدّد في الإيجاب والقبول كالتعدد في المتعلق بالنسبة إلى اطلاق مصداق العقد اتّجه حينئذٍ الوحدة في الفرض ونظائره ، وأشكل الفسخ حينئذٍ في بعض دون آخر فتأمّل جيداً والله العالم .

﴿ ويجوز تفضيل بعض الولد على بعض في العطية ﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه بل الإجماع بقسيمه عليه ، بل يمكن دعوى تواتر النصوص به أو القطع به منها مضافاً إلى اصول المذهب وقواعده ، فما عساه يظهر من المحكي عن ابن الجنيد من حرمة ذلك وتعديته إلى باقي الاقارب مع التساوي في القرب في غاية الضعف ، بل مسبوق بالإجماع وملحوق به .

ويمكن أن يريد به الكراهة ، فإنّه وإن قلنا بالجواز لكنّه ﴿ على كراهية ﴾ كما هو المشهور ، بل في محكي التذكرة نفي الخلاف فيه ، ولعلّه كذلك ولا ينافيه اطلاق نفي البأس عن ذلك في محكي المقنعة المحتمل إرادة بيان الجواز بل مقتضى اطلاق الفتاوى ومقعد نفي الخلاف عدم الفرق في ذلك بين حالي الصحّة والمرض ، والعسر واليسر ، خلافاً لما عن المختلف من قصرها على حال المرض أو الاعسار ، وعن بعض نسخه «عليهما» .

وفي محكي النهاية ويكره في حال المرض اذا كان الواهب معسراً ، وإن كان موسرا لم يكن به بأس ، ولعله لاطلاق النصوص في الجواز ، وأنّه قد فعل ذلك الأئمّة عليهم السّلام على كثرتها حتّى عقد لها في الوسائل بابا[1] ، وليس في شيء منها اشارة إلى كراهة ، سوى خبر أبي بصير[2] عن الصادق عليه‌السلام «وقد سأله عن الرجل يخص بعض ولده بالعطية قال : إن كان موسرا فنعم ، وإن كان معسراً فلا » .

وموثق سماعه[3] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن عطية الوالد لولده فقال : إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء ، فامّا في مرضه فلا يصلح» .

وخبر جراح المدائني[4] قال : سألت أبا عبد الله عليه‌السلام «عن عطية الوالد لولده يبينه قال : إذا أعطاه في صحّته جاز » مع أن الاخيرين ليسا في التفضيل ، بل وإن كان الولد

---

(١) الوسائل الباب –١١ – من أبواب أحكام الهبات .

(٢ و٣ و٤) الوسائل الباب – ١٧ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١٢ –١١ –١٤ .

واحداً ، ومحتملان إرادة بيان عدم مضي ذلك من الأصل إذا كان في مرض الموت فلم يبق إلاّ خبر أبي بصير .

لكن لما كان الحكم الكراهة التي يتسامح فيها ، ويكفي فيها بعض ما سمعت ، مضافاً إلى النبوي العامي (١) إنّه قال : لبشير أبي النعمان لما نحل ابنه النعمان غلاماً ، أكل ولدك نحلتهم مثل هذا ؟ فقال لا ، فقال : اردده » في رواية وفي أُخرى «ارجعه » ، وفي ثالثة «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم » وفي رابعة «لا تشهدني على جور » والى ما في ذلك من مثار والشحناء والبغضاء والحسد وجب حمله على شدة الكراهة الواضح وجهها باقتضاء ذلك حرمان الوارث أو النقص المضرّ به خصوصاً بعد امكان حمل ما في نصوصهم عليهم السلام من وقع التفصيل منهم على المزية في الفضل ، أو النقص في المفضل عليه بناء على زوال الكراهة بذلك كما في محكي التحرير والحواشي والروضة وجامع المقاصد ، ونفى عنه البأس في المسالك .

وعلى كلّ حال فالأمر سهل بعد أن كان الحكم من السنن والله العالم .

﴿ وإذا قبضت الهبة ﴾ بالإذن ﴿ فإن كانت للأبوين لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً ﴾ محكيا مستفيضا أو متواترا ومحصلا ، وخلاف المرتضى فيهما وفي الأولاد وغيرهما من الأرحام منقرض ولذا لم يعتدوا بخلافه ، وأن نسبه إلى اجماع الإماميّة ﴿وكذا ﴾ لا يرجع ﴿ إن كان ﴾ الموهوب ﴿ ذا رحم غيرهما و ﴾ لكن ﴿ فيه خلاف ﴾ حتّى في الولد في الجملة وإن حكى الإجماع عليه في محكي كشف الرموز والمختلف والمهذب البارع وغاية المرام والدروس في الصغار ، والمختلف في هبة الأب ولده ، وظاهر الوسيلة والتذكرة .

وفي المسالك الظاهر أن الاتفاق حاصل فيه ، وعن التنقيح ، وظاهر جامع المقاصد أنّه لا خلاف فيه ، بل عن الآبي أنّي سألت المصنّف عن الاخلال بذكر الأولاد مع أنّ الإجماع حاصل منهم ايضاً فقال كان زيغا من القلم ، لكن عن موضع من المبسوط يصحّ الرجوع ان وهب أولاده الكبار دون الصغار وبه جمع بين الاخبار في المحكي من موضع من التهذيب والاستبصار .

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٧٦ .

أللهم إلاّ أن يحمل ما في المبسوط على ما قبل القبض ، وما في كتابي الاخبار على أنّه احتمال للجمع لا مذهب .

وعلى كلّ حال فالحكم في المقامين واحد ، بل التذكرة لا فرق بين الولد وولد الولد وإن نزل الذكور والأُناث عند علمائنا ، لاصالة اللزوم ، وإطلاق ما دلّ من النصوص على عدم جواز الرجوع في الهبة بعد القبض المقتصر في تقييدها على غير المقام وخصوص ما مرّ من النصوص في الأولاد الصغار هنا وفي الصدقة وغير ذلك .

وأما باقي الارحام فالمشهور نقلاً وتحصيلاً أنّهم كذلك أيضاً ، بل في الرياض عليه عامة من تأخر ، بل قيل قد يظهر من التحرير الإجماع عليه ، بل عن الغنية دعواه صريحا وهو الحجة بعدما سمعت ، وبعد .

صحيح ابن مسلم[1] عن أبي جعفر عليه‌السلام « الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز إلاّ لذي رحم ، فإنّه لا يرجع فيها » .

وصحيح ابن مسلم[2] بن أبي عبد الله وعبد الله بن سليمان « قالا سألنا أبا عبد الله عليه‌السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء أم لا ؟ فقال : تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عن هبته ويرجع في غير ذلك » .

خلافاً للمحكي عن أبي عليّ وموضع من السرائر ، وما سمعته من علم الهدى فجوزا الرجوع فيها ، وفي محكي الخلاف إذا وهب لاجنبي أو لقريب غير الولد فإن الهبة تلزم بالقبض وله الرجوع ، وادعى عليه في الأوّل اجماع الفرقة وأخبارهم ، وبه جمع بين الاخبار في المحكي عن تهذيبه وكأنّه أراد موثق داود[3] عن أبي عبد الله عليه‌السلام « وأمّا الهبة والنحلة فإنّه يرجع فيها حازها أو لم يحزها وإن كانت لذي قرابة » ومثله صحيح المعلى بن خنيس ومرسل ابان ، لكن لا يخفى عليك أن مقتضى قواعد الفقه طرحها في مقابلة ما عرفت ، لعدم المكافاة من وجوه أو

(١ و٢) الوسائل الباب -٦- من أبواب أحكام الهبات -٢- .

(٣) الوسائل الباب -٦- من أبواب أحكام الهبات -٢ -١ -٣- .

تأويلها بجعل قوله عليه‌السلام «وإن» إلى آخره قيداً لقوله (أو لم يجز) على معنى جواز الرجوع بها قبل القبض ، وإن كانت لذي قربى ، أو غير ذلك ..

ومن الغريب ما في الكفاية من حمل تلك النصوص على الكراهة ، واغرب من ذلك حملها عليها مع قطع النظر عن هذه النصوص لمعارضتها اطلاق ما دل على جواز الرجوع قال : «لأنّه أولى من التقييد ويشهد له هذه الاخبار الثلاثة» وهو كما ترى لا يستأهل رداً والله الهادي لنا وله .

والمراد بالرحم في هذا الباب وفي الصلة وغيرهما مطلق القريب المعروف بالنسب وإن بعدت لحمته وجاز نكاحه ، وفي المسالك «أنّه موضع نص ووفاق» مضافاً الى آية [1] «أُولي الأرحام» والصدق العرفي وغير ذلك ، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شاذّ محجوج بما عرفت والله العالم .

﴿ وإن كان ﴾ الموهوب ﴿ أجنبيا فله ﴾ أي الواهب ﴿ الرجوع ما دامت العين باقية ، فإن تلفت فلا رجوع ﴾ بلا خلاف معتدّ به في شيء من ذلك ، بل عن الغنية والسرائر وكشف الرموز والتذكرة وظاهر التنقيح الاجماع عليه ، بل لم يحك الخلاف فيه إلاّ من المرتضى فجوّز الرجوع على كلّ حال ولعلّه لا يقول به في الفرض الّذي هو تلف العين ، وخروجها عن قابلية الرجوع بها ، والرجوع الى ضمان قيمتها لا دليل عليه ومناف لأصل البراءة وغيرها .

وفي صحيح جميل والحلبي أو حسنهما [2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع فيها ، وإلاّ فليس له» مضافاً إلى اطلاق ما دل على جواز الرجوع بها من المعتبرة المستفيضة المقتصر في الخروج منها على المتيقّن .

نعم الظاهر ما هو صريح بعض بل عن المهذب البارع الاجماع عليه ، عدم الفرق في ذلك بين كون التلف من الله تعالى شأنه أو من غيره ولو المتهب بل في المسالك وعن جامع المقاصد

(١) سورة الانفال الآية — ٧٥ .

(٢) الوسائل الباب — ٨ — من أبواب أحكام الهبات الحديث — ١ .

والكفاية عدم الفرق بين تلف الكل أو البعض وإن كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبة بعينها كتلف الظفر ونحوه ، ولعلّهم لا يريدونه ، كما يشهد له التعليل في المسالك لما ذكره بانّ العين مع تلف جزء منها لا تعد قائمة بعينها بل لعلهم لا يريدون أيضاً تلف بعض الموهوب المتعدّد كعبدين ونحوهما ، اللّهم إلاّ أن يقال : إنّه وإن تعدد فهو هبة واحدة ، والمدار على قيامها .

وفيه ان الأصل جواز الرجوع ، والفرض محل شك– فيبقى على مقتضاه اقتصارا في الخارج منه على المتيقّن والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ لا رجوع بها ﴿ إن عوض عنها ولو كان العوض يسيراً ﴾ بلا خلاف أجده فيه حتّى من المرتضى بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر مضافاً إلى صحيح عبد الله بن سنان [1] عن أبي عبد الله عليه‌السلام « إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع » .

وصحيح عبد الرحمن وعبد الله بن سليمان [2] المتقدّم سابقاً ، بل ظاهر اطلاق النص والفتوى عدم الفرق في العوض بين أن يكون في نفس العقد أو بعده بأن أطلق في العقد ثمّ بذل العوض بعد ذلك .

نعم صرح جماعة باعتبار بذله على أنّه عوض ، وقبول الواهب له على ذلك ، إذ هو حينئذٍ هبة جديدة ، ولا يجب عليه قبولها ، ولا بأس به اقتصاراً في الخروج عن أصل الجواز على المتيقّن ، ومنه يعلم المناقشة فيما في القواعد وبعض من تأخّر عنها ، من الاكتفاء بها ولو كان من بعضها ، بل المتبادر من المعاوضة هو كون أحد العوضين غير الآخر ، والالزم صدق المعاوضة بدفعها جميعها إليه ، ومن المعلوم كون مثله رداً لا معاوضة ، كما هو واضح .

﴿ وهل تلزم ﴾ الهبة ﴿ بالتصّرف ﴾ في الموهوب غير المتلف لعينه ؟ ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ والقاضي وأبو الصلاح وصاحب الرائع وابن حمزة في

---

(١) الوسائل الباب – ٩ – من أبواب أحكام الهبات الحديث –١ .
(٢) الوسائل الباب –٦ – من أبواب أحكام الهبات الحديث –١ .

الواسطة وابنا إدريس وسعيد والآبي والفاضل وولده والشهيدان والمقداد ﴿ نعم ﴾ تلزم بذلك بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً . بل عن الخلاف نسبة ذلك في قصر الثوب – فضلاً عن غيره من التصرف – إلى إجماع الفرقة واخبارهم .

وفي محكي المبسوط نسبته إلى رواية اصحابنا ، وأنّه الذي يقتضيه مذهبنا ، وعن السرائر وكشف الرموز الاجماع عليه ، وهو الحجّة مضافاً إلى اصالة اللزوم وخصوص اطلاق ما دل عليه في الهبة بالقبض ، وإن خرج عنه ما خرج .

وصحيح الحلبي[1] المشترط جواز الرجوع ببقاء الهبة بعينها قائمة بناء على انتفاء ذلك بمطلق التصرف وإلى منافاة الرجوع القواعد في خصوص التصرف الناقل للملك خصوصاً إذا كان على وجه اللزوم ، فإن التسلّط على فسخه مناف لما دلّ على لزومه ، والزام المتهب بالقيمة مناف لقاعدة البراءة والضرر وغيرها ، بل دليل الرجوع لا يقتضى إلاّ العين وكذا الكلام في التصرّف المانع من الرد بالخيار فضلاً عن المقام .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله ﴿ قيل لا تلزم ﴾ بالتصرف ﴿ وهو الأشبه ﴾ عند المصنف خاصة وان حكى عن المفيد وأبي الصلاح وابني حمزة وزهرة لكن في المقنعة الأوّل وكذا إذا أحدث فيها حدثاً لم يكن له سبيل إلى الرجوع ، وفي محكي الكافي للثاني في الهدية الّتي هي من الهبة وله الرجوع فيها ما لم يتصّرف من أهديت إليه وعن الواسطة للثالث موافقة المشهور ، بل في كشف الرموز أنّه حكى المشهور عن الشيخين وأتباعها ، وابن البراج وصاحب الرابع ، وصاحب الواسطة .

نعم ربما كان ظاهر المحكي عن المراسم والغنية ، لأنّه قال في الأوّل : «إن هبة الأجنبي على ضربين هبة ما يستهلك ، وهبة غيره ، فما كان ممّا يستهلك كالمواكيل واستهلك فلا رجوع ، وما لم يكن من ذلك فعلى ضربين ، معوض عنه وغير معوّض عنه فما عوض عنه لا يجوز الرجوع فيه ، وما لم يعوّض يجوز الرجوع فيه » .

---

(١) الوسائل الباب –٨– من أبواب أحكام الهبات الحديث –١– .

وفي الثاني قد جعل الضرب الّذي لا يجوز الرجوع فيه ما استهلكت فيه الهبة أو تعوّض عنها ، وكانت لذي رحم ، أو كان الموهوب له ممن يصحّ التقرب بصلته إلى الله تعالى وقال : الضرب الثاني ما عدا ما ذكرنا ، ويدلّ على ذلك الإجماع وهو الحجّة بعد استصحاب الجواز وخصوص اطلاق ما دلّ عليه من المعتبرة المستفيضة المتقدّمة سابقاً التي لا يقدح في دلالتها على ذلك خروج ما خرج منها بدليله ، بعد ما تحرّر في الأُصول «أنّ العام المخصوص حجّة في الباقي» .

وفيه أن بعض ما سمعت يكفى في الخروج عن ذلك ، فضلاً عن جميعه ، إذ العام لا يعارض الخاص ، والمطلق لا يعارض المقيد ، فضلاً عن مثل المقام الّذي قد عرفت اعتضاد أدلته مع اعتبارها فى نفسها بالشهرة العظيمة والفرض عدم معارضة شيء لها عدا مطلقات ، حتى اجماع الغنيمة ، فإن معقده عام فلا يعارض ما عرفت من الإجماعات الخاصة وغيرها .

ومن الغريب ما في الرياض من جعله العمدة في دليل هذا القول ، حتّى أنّه مال إليه بعد شدة اضطراب في آخر كلامه ، وأغرب من ذلك كلّه التمسك في هذه المسألة للقولين بعمومات ومطلقات ونحوهما ، مع أنّ العمدة إنّما هو صحيح الحلبي [1] ، بل لا دليل على اللزوم بالتلف الذي تفقوا عليه إلاّ هـو ، بل ربما كان ظاهر من خص الحكم بالتلف ، دون باقي التصرف أنه فهم منه منافاته خاصّة للقيام بعينها ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة أنّه كما يدّل على غيره ممّا لا يصدق عليه شرط الرجوع الّذي هو على الظاهر بقاء نفس عين الموهوب قائماً في يد المتهب بالهبة السابقة ليستحق الرجوع به ، فمتى تصرف فيه تصرفاً منافياً لذلك لم يجز الرجوع ، لانتفاء شرطه ، ويمكن إرادة القائل باللزوم به التصرّف الّذي هو كذلك لا مطلقه الّذي لا ينافي شيئاً من ذلك ويصدق معه بقاء نفس العين قائمة في يد المتّهب ، وإلاّ لم يبق لأخبار جواز الرجوع في الهبة على كثرتها موضوع ، ضرورة صدق التصرّف بوضعه بعد قبضه ويسقى الدابة وعلفها ولمسها وركوبها ونحو ذلك كما أنّه يمكن إرادة المصنّف عدم اللزوم بمطلقه لا ما كان منه نحو التلف في انتفاء شرط الرجوع . وحيئنذٍ تلتئم كلمة الجميع ، وتذهب متعبة ثاني الشهيدين وأطنابه في

---

(١) الوسائل الباب -٨- من أبواب أحكام الهبات الحديث -١ .

ترجيح خيرةالمصنف وبطلان القول الآخر حتّى ذكر له أدلة عشرة ، وردّها أجمع ولكن قد ذكرها علىوجه يدخل بعضها في بعض ويسهل الجواب عنها أجمع وظن أن ذلك أقصى ما يقال لهم ، ولايخفى عليك أنّه أطناب في غير محلّه ، وإنّما الأصل في المسألة الصحيح المزبور[١] الّذي لا اشكال فيه من حيث السند لأنّه وإن عدّ من قسم الحسن إلاّ أنّه كالصحيح ، بل أعلى من بعض أفراده وتحرير أنّ الأصل في الهبة اللزوم ، أو الجواز الّذي ستسمعه في المسألة الآتية فمن خص مفهومه بصورة التلف ، اقتصر في اللزوم عليه ، ومن جعل مفهومه أعمّ من ذلك كما هو الواقع ضرورة كونه اعم منه كما عرفت ، تعدّى من التلف إلى غيره ممّا يدخل في المفهوم المزبور ، بل إليه نظرا لقائل بالتفصيل الّذي نسبوا إلى الدروس وابن حمزة وجماعة ، وهو اللزوم بالخروج عن الملك ، أو تغيير الصورة كقصارة الثوب ونجارة الخشب والوطىء للأمة وعدمه بدون ذلك كالركوب والسكنى واللبس ، بل عن ابن حمزة زيادة ولا يقدح الرهن والكتابة بل قيل : انّ مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين العود الى ملك الواهب وعدمه ، مع أن غير واحد من الأصحاب جعل في المسألة قولين لا غير ، بل قد سمعت احتمال كون القول فيه واحداً لبعد التزام القول باللزوم بمطلق التصرف كبعد التزام اللزوم في خصوص التلف ، مع أنّ الصحيح المزبور شامل لغيره قطعاً ، ولعله لذا جعل في الدروس التصرّف بالخروج عن الملك خارجا عن محل الخلاف كالتلف لكن في المسالك ان التفريع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لايحصل مع التصرف نقل الملك ، ولا مانع من الردّ كالاستيلاد ، أمّا معها فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء ، وعموم الأدلة يتناوله وحينئذٍ فلا يتسلّط على ردّ العين ، لانتقال الملك إلى غير الموهوب في وقت كان مالكاً ، فوقع التصرف صحيحاً ، ولكن يرجع إلى قيمة العين ، وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان أجودهما الأوّل ، لأنّه وقت انتقال الملك له الموجب للقيمة جمعاً بين الحقين » .

وهو من غرائب الكلام ضرورة عدم تعقب الهبة المجانية الضمان المنافي لاصول المذهب وقواعده ، ولعل التزام القائل بفسخ العقد المترتب عليها مع بقاء العين لأنّه انتقل إليه ملك

---

(١) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام الهبات الحديث – ١ .

جائز ، أولى من ذلك ، وإن كان فيه أنّ الأدلة إنّما اقتضت فسخ الهبة من حينها ،لا البيع الّذي مقتضى دليله اللزوم ، فلا محيص حينئذٍ عن القول باللزوم وان الرجوع بالهبة إنّما هو عيني لا عقدي ، كالخيار ، بل قد يحتمل كون الرجوع غير فاسخ ولا ناقص لعقدها ، كما عن بعض الشافعية ، وانما هو سبب شرعي لانتقال العين من المتهب إلى الواهب إذ النصوص إنمّا أفادت الرجوع الّذي هو أعم من فسخ العقد الّذي مقتضى العقد لزومه ، ولعل هذا يكون وجها للقول بكون القبض فيها شرطا للزوم ، مع قوله بأنّ له الرجوع ، على معنى أنّ له فسخ العقد قبله ، لا بعده ، وإن جاز له الرجوع المقتضي لانتقال العين من المتهب إلى الواهب ، إلاّ أنّ هذا الرجوع مشروط بقيام العين نفسها في يد المتهب بالهبة التي كانت السبب في ذلك على الحال الّذي انتقلت إليه ومن هنا لم يكن له الفسخ بعد موت المتهب على الاصحّ لانتقال الملك فيها إلى الوارث الّذي لم يثبت سببيّة الرجوع به ، بل بناء على أنّ الرجوع فسخ ، يتّجه اشتراطه حينئذٍ بذلك للصحيح المزبور ، الكاشف عن أن حق الرجوع بالهبة إنّما هو الرجوع بها نفسها من حيث كونه ملكها بالهبة .

ومن هنا يظهر لك النظر فيما في المسالك من التفريع على القول باللزوم ، قال : «ولو نقلها عن ملكه نقلاً لازماً فقد قطعوا بلزومها حينئذٍ وإن فرض عودها إلى ملكه بعد ذلك بإقالة أو غير ذلك من وجوه النقل المتجدّد ، لبطلان حق الرجوع بذلك ، فعود يحتاج إلى دليل ، ولو كان عوده بخيار أو فسخ لعيب ونحوهما ممّا يوجبه من حينه فكذلك ، لتحقق انتقال الملك مع احتمال عود الجواز ، نظر إلى ارتفاع العقد ووجوب سببه من حين العقد ، ويضعف بأن الملك منتقل على التقديرين وإن كان متزلزلاً ، وقد صدر عن مالك وعوده إليه لم يبطل ذلك الملك ، وإنمّا تجدد ملك آخر ، ومن ثمّ كان النماء المتخلل لمن انتقل إليه دون المتهب » .

إذ لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين الإقالة والفسخ بالخيار أوّلاً ، ومن دعوى سببية ملك جديد بالفسخ ثانياً ، مستدلاً عليه بالنماء ، مع معلوميّة أنّ الملك إنمّا هو الأوّل ولكن عاد جديداً وتبعية النماء لذلك ، وإنمّا الكلام في ظهور الصحيح المزبور باشتراط الرجوع ببقاء ملك الهبة على حاله الّذي انتقل به وعدمه ، كما أنّ الكلام في غير ذلك من محلّ الشك بالنسبة إلى الشرط المزبور كوطيء الأمة ورهن العين ومكاتبة العبد ونحو ذلك مما يرجع فيه إلى الأصل المزبور ،

مع فرض الشكّ في تحقّق الشرط فيها فلا يلتفت هنا الى ما يقال من اقتضاه ما قلناه ونحوها الخرق للإجماع المركب بإحداث قول جديد ضرورة عدم القطع بالمسألة حتّى يترتّب عليه ذلك ، بل مدارها على الاجتهاد في مفاد جديد الصحيح المزبور ، وفي تأسيس الأصل المذكور ، وقد بينا لك الحال بعد أن دفعنا إليك القسطاس المستقيم فزن به مستعينا بالله الرءوف الرحيم ، ومنه يظهر لك ما في جملة من الكلمات المتأخّرة عن المسالك ، والله هو العالم والهادي .

﴿ وتستحب العطية لذي الرحم ﴾ وإن لم يكن فقيراً بلا خلاف ، ولا إشكال في شيء من ذلك ، ﴿ وتتأكّد في الوالد والولد ﴾ الّذين هم أولى من غيرهم من الأرحام ، لأنّها من صلة الرحم المعلوم ندبها كتاباً[1] وسنة[2] وإجماعاً بل لعلّه من الضروري بل في المسالك «وإنّما تستحب عطية الرحم حيث لا يكون محتاجاً إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها وإلا وجبت كفاية إن تحققت صلة الرحم بدونها ، وإلاّ وجبت عيناً ، لأنّ صلة الرحم واجبة عينا على رحمه ، وليس المراد هنا مجرد اجتماع البدن ، بل ما يصدق معه الصلة عرفاً ، وقد يتوقف ذلك على المعونة بالمال ، حيث يكون الرحم محتاجاً ، والآخر غنيا لا يضرّه بذل ذلك القدر الموصول به ، بل قد تتحقّق الصلة بذلك ، وإن لم يسع إليه نفسه ، كما أن السعي إلى زيارته بنفسه غير كاف فيها مع الحاجة على الوجه المذكور ، وتبعه على ذلك في الكفاية .

ولكن قد يشكل ذلك فيما لا يرجع إلى وجوب الإنفاق ، لمنافاته للأصول وعدم عدادهم له في الواجبات ، وعدم بيان مقداره غير ذلك ، أللّهم إلاّ أن يفرض تحقق قطع الرحم بدونه ، وقلنا بحرمته بالنسبة إلى ذلك ، وهو كما ترى ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا تستحب ﴿ التسوية بين الأولاد في العطية ﴾ بلا خلاف فيه بين العلماء كما في محكى التذكرة ، بل في محكي الخلاف ، لا فرق في ذلك بين الذكر والأنثى بإجماع الفرقة وأخبارهم ، مضافاً إلى ما سمعته من الأمر بالتسوية في النبوي المتقدّم سابقاً في كراهة التفضيل والمنساق من التسوية جعل الأنثى كالذكر ، وان تفاوتت معه في الإرث لا كما يحكي عن شريح وأحمد ومحمد بن الحسن من

(١) سورة النساء الآية ـ ١ ، وسورة الانفال الآية ـ ٧٥ ، وسورة محمد الآية ـ ٢٢ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من أبواب الصدقة .

جعل الذكر ضعف الأنثى ، ﴿ ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها ، والزوج لزوجته ﴾ عند الأكثر في المفاتيح وعندنا في محكى المبسوط بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه ﴿ وقيل : ﴾ والقائل الفاضل وفخر الإسلام والمقداد والقطيفي وثاني المحقّقين والشهيدين و الخراساني والكاشاني ﴿ يجريان مجرى ذوي الرحم ﴾ في اللّزوم بل عن التذكرة حكايته عن جماعة ، كما عن التحرير والحواشي للشهيد حكاية عن الشيخ وكأنّه مال إليه أوّل الشهيدين ﴿ والأوّل أشبه ﴾ عند المصنّف لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها ، و خصوص صحيح محمد بن مسلم[١] عن أحدهما عليهما السلام «أنّه سئل عن رجل كانت له جارية فآذته امرأته فيها فقال : هي عليك صدقة فقال : إن كان قال ذلك لله فليمضها ، و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها» والإجماع المحكي .

وفيه : أنّ الإطلاق المزبور معارض بإطلاق ما دلّ على المنع فيها من النصوص وغيرها ، والصحيح معارض بصحيح عبيد بن زرارة[١] عن الصادق عليه السلام «لا ينبغي لمن أعطى لله تعالى أن يرجع فيه وما لم يعطه لله وفي الله ، فإنّه يرجع فيه نحلة كانت أو هبة حيزت أو لم تحز ولا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته ولا المرأة فيما تهب لزوجها ، حيز أو لم يحز ، أليس الله تعالى يقول «ولا تأخذوا مما آتيتموهنّ شيئاً» وقال «فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً» وهذا يدخل فيه الصداق والهبة المؤيد بصحيح ابن بزيع[٢] «سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً وهبه لها ، من غير طيب نفسها من خدم أو متاع ايجوز ذلك له ؟ قال : نعم ، اذا كانت أم ولده» بناءً على أن المراد بالشرط مملوكته ، لعدم صحة الهبة لها ، فيدلّ بمفهومه حينئذٍ على عدم الجواز اذا كانت زوجته ، واجماع الشيخ موهون بمصيره نفسه إلى خلافه ، على ما حكى عنه ، وحمل الصحيح المزبور على الكراهة ليس بأولى من حمل الصحيح الأوّل على فساد الصدقة ، بخلوها عن القربة ، بل هذا أولى ، إن لم يكن متعيناً وترجيح الأوّل بمخالفته لمذهب أبي حنيفة معارض بموافقة الثاني للكتاب ، بل منه يستفاد كون الآية[٣] دليلاً مستقلاً لا يصلح لمعارضتها حينئذٍ ما سمعت ، فضلاً عن أن يحمل ما فيها من النهي

(١ و٢) الوسائل الباب – ١٠ – من أبواب أحكام الهبات الحديث – ١– ٢ .

(٣) سورة النساء الآية – ٢٠ .

على الكراهة بعد التصريح في الخبر بتناول ذلك للصداق والهبة ولعلّ هذا هو الّذى دعا صاحب الكفاية إلى القول بعدم الجواز هنا مع قوله بالجواز في هبة ذي الرحم فما أطنب في التعجب منه في الرياض حينئذٍ في غير محلّه .

والمناقشة – في الصحيح المزبور باشتماله على ما لا يقول به أحد من لزوم الهبة قبل القبض – يدفعها عدم خروجها بذلك عن الحجّية في غيره ، مع أنّ الصحيح الأوّل في الصدقة التي تنزيلها على الهبة مع عدم القصد بكونها لله ليكون ممّا نحن فيه ليس بأولى من حملها على الصدقة غير لازمة أو غير صحيحة ، بناء على اشتراط القربة في صحتها أو لزومها ، بل هذا أولى لما فيه من بقاء الصدقة على حقيقتها ، ومع التنزل عن ذلك كلّه فلا أقل من الشك ، والأصل اللزوم ، ولو لاستصحاب الملك وقوله[1] «أوفوا بالعقود» ودعوى أن الهبة من العقود الجائزة ، وإن اعتراها اللزوم في بعض أفرادها بل هذا أولى ، لأنّ اللازم قد يعتريه الجواز حتّى البيع الذي فيه خيار المجلس ، والعيب ، والغبن ، وغيرها ، وأما العقد الجائز فلزومه إنّما يكون بأمر خارجي كشرط ونحوه على أنّه قد ذكروا في غير مقام الإجماع على انفساخ العقد الجائز بالجنون والاغماء والموت ومن المعلوم هنا خلافه ، وذلك كلّه دليل على أنّ الهبة من العقد اللازم ، وإن اعتراها الجواز في بعض أفرادها بل قد يقال : إنّه وإن اختلف اطلاق النصوص في ذلك باعتبار اطلاق الرجوع في بعضها ، وعدمه في آخر ، بل ربما كان دلالة بعضها على الجواز أظهر ، لذكر الفرد اللازم على جهة الإستثناء ، إلاّ أنّ الأصل في العقد اللزوم ، للاستصحاب بل والآية[2] فتأمل جيّداً فإنّه نافع في غير المقام أيضاً والله العالم .

النظر ﴿ الثاني : في حكم الهبات ﴾

﴿ وهي مسائل : الاولى : لو وهب فأقبض ثمّ باع ﴾ مثلاً ﴿ من آخر فإن كان الموهوب له رحماً ، لم يصحّ البيع ﴾ على وجه يترقّب عليه أثره ، بل يكون

---

(١) سورة المائدة الآية –١ .

(٢) سورة المائدة الآية –١ .

فضولاً ، ﴿ وكذا إن كان أجنبيا وقد عوّض ﴾ أو نحو ذلك ممّا تكون الهبة به لازمة ، ضرورة وقوع البيع حينئذٍ على مال الغير ، ﴿ أما لو كان أجنبيا ولم يعوّض ﴾ فلا اشكال في زوال ملك المتهب ، بل في المسالك وعن ظاهر المحكي عن التذكرة الإتّفاق عليه .

وإنمّا الكلام في صحّة البيع وفساده ، وإليه أشار المصنف بقوله ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ والقاضي ويحيى بن سعيد على ما حكى عنهم ﴿ يبطل ﴾ البيع ﴿ لأنّه باع ما لا يملك ﴾ ولأنّ الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد ، ولذا كان المصلي يخرج بتكبيرة الاحرام الثانية من الصلاة ، ولا يدخل بها فيها ، ولأنّ البيع موقوف على الملك الموقوف على الفسخ ، المتأخر عن البيع ، باعتبار كونه سبباً فيه ، والسبب متقدم على المسبب ، فلو كان الفسخ سبباً في صحته لزم الدور .

﴿ وقيل : يصحّ لأنّ له الرجوع ﴾ ولكن لم أعرف القائل به ممّن تقدّم على المصنّف نعم هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه وولده والشهيد في الحواشي والمحقّق الثاني والشهيد الثاني والخراساني على ما حكى عن بعضهم لعموم[1] «أوفوا » ولأنّ العقد يدلّ على تحقق إرادة الفسخ ، قبل العقد ، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع ، ولأنّه إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب فيصير العقد بمنزلة الفضولي ، وقد ملكه من إليه الإجازة ، بل هو أولى ، لأنّ بايع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكاً لها ، بخلاف الفرض فإنّه قاصد إلى البيع مطلقا ، ولأنّ ثبوت الفسخ فرع صحّة العقد في نفسه لأنّه أثره ، فلو كان البيع فاسداً لم يترتب عليه أثر ولأنّه بأوّل جزء منه تنفسخ الهبة فيكون المحل قابلاً لمجموع العقد .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿ الأوّل أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده عند المصنف لما عرفت ، إلاّ أنّه قد يناقش فيه بأن المسلم من الأوّل ما إذا اتّحد مورد الفسخ والعقد لا مع التعدّد ، كما في الفرض الّذي هو فسخ الهبة وانعقاد البيع ، وعدم الانعقاد بالتكبيرة الثانية

(١) سورة المائدة الآية -١ .

للنهي عنها ، ولأنّها وقعت في صلاة منعقدة ، ولغير ذلك ممّا قررناه في محلّه ، والدور إنّما هو دور معيّة كما ستعرف .

كما أنّه قد يناقش في أدلّة القول الثاني بفقد شرط وقوع البيع فيه وهو الملك لأنّه لا بيع إلاّ فيه ، فـلا وجه للتمسك بالعموم مع فقد الشرط المعلوم ، وبما تقدّم في اجازة الفضولي والفسخ بالخيار ، من اعتبار اللفظ الدال على ذلك لقوله[1] «إنّما يحلّل الكلام » أو مطلق الدال ولو فعلا ، وإنّه لا يكفي القصد المجرّد عن ذلك ، وبالشك في تناول دليل الفضولي لمثله ، على ما تقدّم في محلّه ، وبالمنع من توقف الفسخ على صحّة العقد بل حصول لفظ يدلّ عليه ، وايقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على إرادة الفسخ فيقتضيه وإن تخلفت صحّة البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه ، وبأنّ السبب مجموع العقد فلا يكفي ورود ما بقي على المحل بعد انتقاله إليه .

فالأولى من ذلك كلّه الاستدلال على الصحّة بإطلاق ما دلّ على الرجوع الشامل للأفراد والقولية والفعلية ومنها حينئذٍ البيع والعتق ونحوهما ، إذ ليس المراد منه تصوّر معنى الفسخ وانشائه ، بل ولا تصوّر معنى الرجوع وانشائه بلفظه ، وإنّما المراد ايجاد ما يدّل عليه أو يقتضيه من قول أو فعل ، ومنه المفروض فيكون حينئذٍ دالاًّ على صحّة البيع ، ولو بالتزام الاكتفاء في اشتراط الملك فيه بنحو ذلك ، فيؤثر عقد البيع حينئذٍ فسخ ملك المتهب ، ورجوع الملك الى الواهب وانتقاله عنه ، كما أثر عقد بيع الأب على ولده انتقالاً من البايع إلى المشترى وتحريراً ، لأنّه مقتضى الجمع بين «لا عتق إلاّ في ملك »[2] «ومن اشترى أباه انعتق عليه[3] » وقلنا بكفاية الترتّب الذاتيّ عن الزمانيّ ، جمعاً بين الأدلّة ، وكذا المقام ، فإنّه بعد أن شرع له الرجوع بالبيع لامحيص عن التزام ذلك كلّه فيه ، كما أنّه بعد أن شرع الرجوع بالوطى مثلاً ، كان فعله سبباً لفسخ الملك عن المتهب مثلاً ، مقارنا لدخوله في ملك الواطى ، لكى يقع الوطى في ملك ، فلا يكون أوّله محرّماً وثانيه محلّلاً والمقام من هذا القبيل عند التأمل ، فلا وجه ، حينئذٍ لهذه الاشكالات ، الّتي منها أنّه لا وجه لاقتضاء البيع الملك لشخصين في زمان واحد ،

(١) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام العقود الحديث –٤ .

(٢) الوسائل الباب –٥ – من أبواب العتق الحديث –١ –٢ –٦ .

(٣) الوسائل الباب –٧ – من أبواب العتق الحديث –١ –٢ –٣ .

إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك ، والخروج عنه في زمان واحد فُصورة شراء الأب والترتب الذاتي آت هنا ، بان يقال اقتضى الانفساخ والدخول في ملك البايع ومنه إلى المشترى كما هو واضح ، فإنَّ العمدة ثبوت شرعيته المقتضية ذلك كلّه ، خصوصاً بعد معلومية كون الأسباب الشرعية من قبيل الاوضاع الجعلية ، فيجوز ذلك كله فيها ، بعد مجيء الدليل ، لا أنّها أسباب عقلية ، والله العالم .هذا كلّه في الهبة الصحيحة .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لوكانت الهبة فاسدة صح البيع على جميع الاحوال ﴾ من غير فرق فيها بين هبة الرحم والمعوّض عنها وغيرهما ، ضرورة بقاء المال حينئذٍ على ملك مالكه بل في القواعد الإجماع على ذلك ، بل لعله كذلك في حالي العلم بالفساد والجهل به وإن كان قد يشكل في الثاني ممّا في المسالك من عدم قصده النقل عن ملكه ، لبنائه على أنّه ملك غيره ، والعقود تابعة للقُصود ، ولعله لو علم بالفساد وأنّ المال ماله لم يبعه ، بل على تقدير احتمال إرادته البيع مطلقاً ، فمجرد إيقاعه البيع أعم من قصده إليه على تقدير علمه بملكه وعدمه ، والعامّ لا يدلّ على الخاصّ ، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالكاً مشكوك فيه ، فلا يكون العقد فيه معلوم الصحّة .

لكن قد يدفع أوّلاً : بأنّ المفروض صدور البيع منه على أنه رجوع بالهبة الّتي يزعم صحتها على حسب البيع المذكور في المسألة السابقة ، وهذا لا يكون إلاّ بقصد نقل ملكه ولعلّه لذا حكى في القواعد الإجماع كما سمعت ، وإن حكى الخلاف فيها فيمن باع مال مورثه فبان موته واستوجه الصحّة في كتاب البيع لوضوح فرق بينهما حينئذٍ .

وثانياً : أن وقوع البيع يقتضى قصد نقل المال إلى المشترى ، وكونه عنه أو عن غيره ليس من مشخصاته ، ولذا لو قصد بيع مال الغير عن نفسه لم يخرج عن الفضولية فكذا لو قصد بيع ماله — ولو واقعاً — عن غيره لم يخرج عن كونه بيعا لازماً ، كما أنّه يدفع الأخير بأن ايقاع العقد واللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد إليه شرعاً ، نحو نظائره من العقود ، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصداً إلى ذلك الشيء حيث يكون شرعيا ، بل يحمل اطلاق لفظه حيث يتجرّد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصداً بخلاف الهاذل والمكره .

وممّا ذكرنا يظهر لك النظر فيما في المسالك من استحسان الرجوع إلى قوله ، بمعنى أنّه إن أخبر عن قصده إرادة البيع وان كان مالكا صحّ ، وإن قصده لكونه فضوليا لم يصح على تقدير ظهور كونه مالكا لعدم توجه قصده الى البيع اللازم ولأنّ هذا أمر لا يمكن معرفته إلاّ منه ، فيرجع إليه فيه كنظائره .

حتى أنّه اشكل قول المصنّف ﴿ وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه ﴾ الظاهر في أنّ مفروض المسألة السابقة حال الجهل أيضاً بقرينة التشبيه بما قدّمه من عدم قصده إلى البيع اللازم ، وإنمّا قصد الفضولية ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال ، خصوصاً مع ادّعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكاً ، ثمّ قال : «ولعلّه أقوى لدلالة القرائن عليه ، فلا أقل من احتماله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً ، فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع » .

وفيه : ما لا يخفى بعد الاحاطة بما ذكرناه من عدم تشخيص العقد بذلك وإن قصده ، فيترتّب عليه حينئذٍ ما يقتضيه من الأثر ، إن لزوماً فلزوم ، وإن فضولاً ففضول ، وحينئذٍ فلا مدخلية لبيان جمل المطلق على قصد البيع لنفسه وعدمه ، هذا .

وكأنّ المصنّف عطفِ هذه المسألة على السابقة بقوله «وكذا » مشعرا بالفرق بينهما ، لما ذكرناه أوّلاً من فرض البيع الرجوعي الّذي هو المبحوث عنه في أصل المسألة وحينئذٍ لا اشكال في الفرق بينهما ضرورة قصد البيع لنفسه وقد صادف اجتماع الشرائط في الواقع حتّى لو كان جاهلاً بالفساد ، بل ولو كان زاعما صحّة الهبة ، وكانت لرحم ، لكنه فعل ذلك لزعم جواز الرجوع الّذي هو غير مشروع ، وإن كان لا يخلو من اشكال ولعلّه على ذلك ينزّل ما في الدروس فإنّه بعد أن حكى عن الشيخ تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورثه في الحكم بصحّة البيع ، وإن جهل الحال قال : «وقد يفرق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال الموروث بخلاف الموهوب » فيسقط عنه ما اعترضه به في المسالك — حيث أنّه بعد أن حكى ذلك عنه قال : «ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطلة حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتف فيهما ، ولا فرق بينهما أصلاً — كما لا يخفى ، إذ

قد عرفت من كلامه في الفرض الّذي ذكرناه وهو البيع لنفسه ، ولو ظلما بإرادة الرجوع بالهبة اللازمة في ظنّه .

نعم قد عرفت أنّ الأقوى فيه الصحة على التقدير المزبور ، لعموم الأدلة ، وربما كان في قول المصنّف ﴿ وكذا اذا أوصى برقبة معتقة وظهر فساد عتقه ﴾ إشارة إلى ما قلناه ، فإنّه نحو مفروض المسألة ضرورة كونه أوصى برقبة يزعم عتقها ، ومن هنا استوجه في المسالك كلام الدروس فيها ، لعدم قصده إلى الوصية الشرعية بل بمنزلة الهاذل والعابث بالنظر إلى ظاهر حاله ، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر ، بخلاف من باع مال غيره ، فإنّه قاصد إلى بيع صحيح شرعي غايته أنّه جائز من قبل المالك ، لكنّه لازم من قبل المشتري ، فهو عقد شرعي مقصود إليه ، وإن لم يقصد إلى لزومه مطلقاً لكنه كما ترى لا دليل على اعتبار مثل ذلك في الصحة ، بل مقتضى عموم الأدلة وإطلاقها الصحة ولذا كان بيع الغاصب – القاصد ترتب الأثر على بيعه معاملاً للمغصوب معاملة مال نفسه ولو ظلماً – من الفضولي ، ودعوى أن ذلك والفرض وأشباههما كالهازل والعابث غريبة ، بل هو قصد صحيح في نفسه كغيره من مقاصد عقلاء أهل الدنيا ، وإن لم يترتّب عليه أثر شرعي ، بل من ذلك عقد الكتابية والمخالفة متعة ، فإن الظاهر الصحّة وإن زعما الفساد ، فإنّ الصحّة الشرعيّة تترتّب على القصد العرفي قصدت أو لم تقصد ، بل وإن قصد عدمها بعد فرض حصول سببها الشرعي كما هو واضح . بل لعلّ السرّ في ذكر المصنّف وغيره المثالين المزبورين إرادة بيان اتحاد الحكم وأنّه الصحّة على جميع التقادير فتأمل جيداً لكن لا يخفى عليك محالّ النظر فيما في المسالك وغيرها .

المسألة ﴿ الثانية : إذا تراخى القبض عن العقد ثمّ اقبض ، حكم بانتقال الملك ﴾ لعدم اعتبار الفورية فيه ، بلا خلاف أجده لاطلاق ما دلّ على شرطيّته ممّا تقدم سابقاً : بل لعلّ مرسل أبان[١] منها ظاهر في عدم اعتبار الفورية فيه ، بل ينبغي القطع به بناء على أنه شرط للزوم لا الصحة ، كما اعترف به بعضهم .

(١) الوسائل الباب – من أبواب أحكام الهبات الحديث – ١ .

نعم في القواعد «الإشكال في ذلك ، بناء على أنّه شرط للصحّة لكونه حينئذٍ جزء السبب ، فأشبه القبول ، وللاقتصار على المتقين » وفيه أن كونه جزء السبب لا يقتضي الفورية بعد اطلاق الأدلّة ، ووجوبها في القبول باعتبار كونه جواباً للايجاب ، فيخرج حينئذٍ مع عدم الفورية عن طريق التخاطب المعتبر في العقود كالعربية ، ولعلّ الأولى في وجه الاشكال احتمال توقف حقيقة الهبة عليه ، لأنّها عطية وايتاء ، فالعقد بدونه لا يكون هبة كما هو مقتضى الخبر المتقدم «لا تكون الهبة هبة حتى يقبضها » منضما ذلك إلى دعوى ظهور الأدلة في أن الهبة التي يترتب عليها الأثر ليست إلاّ شيئاً واحداً يحصل في زمان واحد مثل البيع والإجارة ونحوهما ، وحينئذٍ فسببيته الهبة بناء على اعتبار ذلك في مفهومها ينافيها التراخى ، بل لا أقل من الشك فى شمول الادلة لها معه ، وبه يفرق بينه وبين غيره ممّا اعتبر القبض في الصحة كالوقف ونحوه ، ممّا هو غير داخل في مفهومه ، وإن اعتبر في ترتب أثر السبب عليه ، لكونه شرطاً له .

بل كان ذلك هو السبب فى اتّفاق القائلين بكونه شرطا للصحة على انتقال الملك به ﴿ من حينـ ﴾ ﴿ ـه أي ﴿ القبض ، لا ﴾ أنّه كاشف عن حصوله ﴿ من حين العقد ، وليس كذلك الوصيّة فإنّه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول وإن تأخّر ﴾ القبض عنها لعدم مدخليته في الملك بها لإطلاق الأدلة كما تسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله ، مع أنّه مقتضى القواعد – التي قررناها غير مرة في نظائره – كونه كاشفاً ، بناء على أنّه من الشرائط فما ذاك إلا لعدم حصول الهبة إلا به ، فلا سبب متقدم عليه حتى يكون هو شرطاً كاشفاً ، إلاّ أن الجميع كما ترى ، ضرورة عدم توقف الهبة بمعنى العقد عليه ، وإن توقف بمعنى العطية ، والكلام الآن في الأولى فليس هو حينئذٍ بالنسبة إليها إلا شرطا ، وكان مقتضى ما عرفت أن يكون كاشفاً لكن ظاهر ما دلّ على شرطيته مع الإجماع حصول النقل به لا قبله والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : لو قال : وهبت ولم اقبضه كان القول قوله ﴾ بلا خلاف أجده فيه بل عن المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير والدروس والحواشي أنّه كذلك وإن قال : مع ذلك خرجت منه المراد منه أنّي آذنت له في قبضه كلّ ذلك لما عرفت من عدم دخول الاقباض في حقيقة الهبة العقدية ، بناء على انصراف الإطلاق إليها ، ولا يقدح في ذلك كونه شرط

للصحّة ، فيكون انكاره كدعوى الفساد المعلوم تقدم دعوى الصحّة عليها ، لما في المسالك من الفرق بين الأمرين ، فإن منكر الاقباض لا يدعى فساد الهبة ، وإنّما ينكر أمراً من الأُمور المعتبرة فيها ، وأنّها لم تحقق بعد ، كما لو أنكر الإيجاب والقبول ، وإن اشترك الجميع في عدم صحة العقد بدونه ، وهو تام لو كانت الدعوى من الواهب أمّا إذا كانت من وارثه التي هي دعوى الفساد بعد اقراره بأن مورثه قد وهب ، ولكنّه لم يقبض ، بل قد يشكل ذلك فيه أيضاً ضرورة أن مبنى عدم كون الإقرار بالهبة إقراراً بالقبض الّذي أحد أركان صحتها دعوى كون المعروف شرعاً من الهبة هو الإيجاب والقبول خاصة والقبض وإن كان معتبراً في الصحة إلاّ أنّه خارج عن مهيتها ، وقد تقدم في تعريف الهبة أنّه العقد إلى آخره ولا شبهة في أنّ القبض أمر آخر غير العقد ، فالإقرار بأحدهما لا يقتضي الإقرار بالآخر .

لكن قد يمنع ذلك بناء على ما تقدّم غير مرّة من دخول المعاطاة في مفهوم هذه الأسماء كالبيع والإجارة ونحوهما وحينئذٍ فلا تكون أسماء للعقود حينئذٍ كي يتمّ الكلام المزبور ، ويدفع بأن يقال إنا وإن قلنا : بعدم كونها أسماء للعقود نفسها لكنّها اسم للأثر الحاصل بالعقد ، ومن المعلوم كونه التمليك المزبور ، لا الأثر الحاصل من العقد وشرايطه وليس القبض داخلاً في مفهومه وحصوله بالفعل لا يقتضي دخول ما أفاده الفعل من الإقباض في حقيقته بل أقصاه حصول الأمرين به معا .

وحينئذٍ على كلّ حال فالإقرار بها ليس اقراراً به ، بل لعلّه كذلك حتّى لو قلنا بأنّ المعاطاة الفعلية نفسها هبة ، ضرورة تعدد أفرادها ، والاقرار بفرد منها لا يقتضي الآخر ، فعلى مدّعيه البينة حينئذٍ فيتّجه ما ذكره المصنف كما أنّه قد يدفع الأوّل : بان دعوى الوارث عدم القبض ليس دعوى فساد ، وإنّما هي قائمة مقام دعوى المورث ، وإن قارن ذلك حصول انفساخ بالموت لكن لا يكون به دعوى فساد على وجه تقدم عليه دعوى الموهوب ، بأنّه قد أقبض فتأمل وكيف كان فالاقرار بالهبة ليس اقراراً بالقبض نعم لو قلنا بدخول القبض في مفهومها اتّجه حينئذٍ عدم تقديم قوله ﴿ و ﴾ لكن قد عرفت فساد الدعوى المزبور .

نعم ﴿ للمقر له احلافه ان ادعى ﴾ عليه ﴿ الاقباض ﴾ لعموم البينة ، أما إذا

لم يدعه فلا يتوجّه له عليه يمين ، لعدم كونه منكراً حينئذٍ كما هو واضح لكن في المسالك أنّه منكر أيضاً ولكن لا يمين عليه ، إذ ليس كل منكر يتوجّه عليه اليمين بمجرّد الانكار ، بل لا بدّ من انضمام دعوى ما أنكره المنكر ، وفيه ما لا يخفى ، هذا وليعلم أن المحكى عن المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير تقييد أصل الحكم المزبور بما إذا لم يكن الموهوب في يد المتهب أو بما إذا كان في يد الواهب على اختلافهم في التعبير ومقتضاه أنّه متى كان كذلك فالقول قوله ، لأن كونه في يده كناية عن اقباضه ، ولعلّه لأنّهم فرضوا المسألة فيما لو ضمّ إلى قوله وهبته خرجت منه إليه ، الّذي هو بمعنى الاذن بقبضه وإلاّ فمجرّد كونه في يده لا يدلّ على القبض بإذن ، ومن هنا حكى عن المبسوط في باب الاقرار أنّ القول قول الواهب ، وأنّه لا فرق بين أن يكون الموهوب في يد الواهب أو المتهب ، لأنّه قد يقبضه بغصب وغيره ، بل قد يقال : أنّ الحكم كذلك حتّى مع الضميمة المزبورة فإن الإقرار بالإذن لا يقتضى كون يده عليه حال الدعوى بالإذن السابقة ضرورة كونها أعم من ذلك فتأمل جيدا .

﴿ وكذا لو قال : وهبته وملكته ثم انكر القبض ﴾ في أن القول قوله إذا كان ممّن يرى أن الملك بالعقد ولو تقليدا ، بل وإن لم يعلم حاله ، ﴿ لأنّه يمكن أن يخبر عن وهمه ﴾ ومتى احتمل فيه ذلك لم يحكم عليه بالاقرار بالقبض الّذي تقتضي الأُصول نفيه .

نعم لو علم أن مذهب المقر توقف الملك على الاقباض ولو تقليداً حكم عليه بالاقباض كما صرّح به غير واحد لكن قد يناقش بامكان إرادته التأكيد أو الهبة بصيغة التمليك الذى قد عرفت أنّها تنعقد به ، ومع ذلك يحتاج إلى القبض صحة أو لزوماً ، ودفعها – باقتضاء ذلك التأكيد الّذي هو مرجوح بالنسبة إلى التأسيس – رده فى المسالك «بأن ألفاظ الأقارير لا تنزل على مثل هذه القواعد ، مع احتمال الأمرين بل يعتبر فيها المعانى الظاهرة ، وهذه اللفظة مشتركة بين الصيغة وأثرها ، فحملها على الثاني دون الأوّل ترجيح من غير مرجّح ، كما في الإقرار بلفظ مشترك ، فإنّه لا ينزل على أحد معنييه بدون القرينة وحمل العطف على المغايرة مطلقاً ممنوع فإنّه كما يجوز عطف الشيء على مباينه يجوز عطفه على مرادفه ، كما هو محقق فى بابه» .

وفيه : أنّه لا اشكال في جوازه ، إنّما الكلام في مساواة احتماله للآخر مع عدم القرينة ، ولا

ريب في منعها ، ومرجع هذه القواعد إلى ظاهر الخطاب الذي لا إشكال في حجيّته في الإقرار ، وغيره .

وأغرب من ذلك قوله متصلاً بما سمعته منه وعلى تقدير تسليم ظهور المعنى الثاني أو أغلبيّته على الأوّل ينبغي أن يرجع إليه في القصد ، لا أن يتعين حمله على الغالب كما نبهوا عليه في نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين فإنّه يقبل من المقرّ إرادة أحدهما وأن حمل اطلاقه على الغالب منهما ، كما لو قال له علي درهم ، ودرهم ، ودرهم ، فإنّه يقبل منه دعوى إرادة تأكيد الأوّل بالثاني ، والثاني بالثالث ، وإن كان العطف يقتضي المغايرة ، وكان الغالب عدم التأكيد ، إذ لا معنى للرجوع إليه بعد فرض ظهور لفظه ، ولو بسبب الغلبة في ذلك ، لما عرفت من حجية ظاهر اللفظ .

نعم لو ضم إليه مع ذلك ما يصلح لصرف ذلك الظاهر اتّجه حينئذٍ عدم الأخذ به ، كما في سائر الخطابات ، والقبول في المثال – مع فرض ظهور الإطلاق في خلافه وتأخر دعوى إرادة التأكيد عن زمان الإقرار ممنوع فالمتجه حينئذٍ التفصيل في المفروض بين اتصال ما يقتضي صرف ذلك الظاهر على قياس المخاطبات الّتي هي كذلك عرفاً ولا يعدّ فيه من التناقض ، فلا يؤخذ به ، وبين غيره الّذي هو ليس كذلك فيؤخذ به ويحكم عليه ، ولم يسمع انكاره بعد ذلك ولا تأويله ، ولو متصلاً به ، أللّهم الا أن يكون بحيث يقبل التأويل المتأخر على وجه يكون الاخذ باطلاقه مبنياً على عدم ذكر تأويله ، فتأمل جيّداً ، هذا كلّه فيما جاء باللفظين .

أما لو اقتصر على ملكيته فعن بعضهم كذلك يأتي فيه البحث السابق ولم يستجوده في المسالك لعدم ما يقتضي المغايرة فيه ، بخلاف الأوّل وحينئذٍ فاحتمال إرادة الهبة المقبوضة منه ، كاحتمال إرادة ايقاع صيغة الهبة خاصّة بلفظ التمليك من غير أغلبية أحدهما على الآخر .

وفيه أنّه وإن لم يكن فيه ما يقتضي المغايرة من عطف ونحوه ، ولكن قد يدعى ظهوره مع الإطلاق في الاخبار بحصول أثر الملك نعم لو قرنه بما ينافي ذلك من عدم القبض ونحوه اتّجه حينئذٍ الحكم بعدم اقتضائه الإقرار بالقبض فتأمّل جيداً والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة : إذا رجع في الهبة ﴾ المجانية حيث يكون له ذلك ﴿ وقد عابت ﴾ بزيادة أو نقصان ﴿ لم يرجع بالارش ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، للأصل ، ولأنه حدث في عين مملوكة للمتهب ، وقد سلّطه مالكها على إتلافها مجاناً فلم تكن مضمونة عليه سواء كان التعيّب بفعله أم لا .

﴿ وإن زادت زيادة متصلة ﴾ لعلف ونحوه كالسمن ولو بفعله على وجه يكون جزءاً من العين ﴿ فللواهب ﴾ بلا خلاف أيضاً ولا اشكال ، لأنهّا من العين المفروض جواز الرجوع بها .

﴿ وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد ، فإن كانت متجددة كانت للموهوب له ﴾ لأنّها نماء ملكه ، وخارجة عن العين ، ﴿ وإن كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب ﴾ لأنّها حينئذٍ من الهبة الّتي فرضنا جواز رجوعه بها بلا خلاف معتدّ به أجده في شيء منه بل هو صريح بعض ، وظاهر آخر عدم الفرق فى الأوّل بين كون الرجوع بعد الانفصال بالولادة أو بالحلب أو بالقطف أو قبله كالحمل قبل انفصاله ، واللبن قبل أن يحلب ، والثمرة قبل قطافها والصوف المستجز قبل جزّه ، لأنّ الجميع منفصل شرعاً وعرفاً عن العين الموهوبة لأنّه شيء جديد .

نعم فى الوسيلة الرجوع بالحيوان الحامل مع حمله بناء منه على أنه كالجزء من الأمّ ، وهو كما ترى .

وأما الصوف والشعر إذا لم يبلغ أوان جزّه ففى المسالك «أن الاجود تبعيته للعين» وهو حسن مع فرض كونه كذلك عرفا ، هذا .

ولكن بقي الكلام فى أمرين أحدهما أنّه قد تقدم لزومها بتلف البعض كالكّل ، فإطلاقهم الرجوع هنا بالعيب الّذي قد يكون بتلف البعض لا يخلو من تسامح ، الثاني : أنّهم أطلقوا هنا كون الزيادة للواهب إذا كانت متّصلة ، بل صرّح بعضهم بأنّها كذلك وإن كانت من فعله ، وقد صرحوا فى خيار الغبن بمشاركة المشترى للبايع المغبون إذا فسخ بزيادة الصفة في العين ، بل وبغير ذلك مما يأتى مثله في المقام ، ولم يشر أحد منهم إلى شيء من ذلك .

نعم في المسالك قد ذكر الاقسام هنا وهي كون العين بحالها أو نقصانها بما يوجب الأرش ، أو بما لا يوجبه ، وزيادتها بما يوجبه أيضاً أو بما لا يوجبه ، أو يوجب زيادة في القيامة أو جامعة بين الأمرين متصلة تلك الزيادة ، أو منفصلة مطلقاً أو من وجه ، وتغيرها بالامتزاج بالأجود والمساوى والأدنى ، أو بغيره من الأعمال كالنجارة والقصارة والطحن أو غير ذلك من التغيرات ، ولم يتعرض لحكمها ، بل ظاهره موافقة المصنف على إطلاقه كما أنّه لم يتعرض لضمان الواهب لما يتضرّر به الموهوب برجوعه من نقض بناء أو غرس أو نحوهما . ولعل ذلك كلّه للاحالة على ما تقدم ممّا لا يصعب جريان ما يقتضى القواعد جريانه هنا على من أحاط خبراً بما مضى من المسائل السابقة فى العارية وفى خيار الغبن وغيرهما ، فلاحظ وتأمل أو على ما تسمعه منه إن شاء الله في المسئلة السادسة مع احتمال عدم اختيار الشركة في الصفات المحضة من المصنف وغيره ممّن اطلق ، بل يختص الواهب بالعين ، وإن زادت بذلك ، لإطلاق ما دلّ على الرجوع بها كما ذكرنا ذلك في خيار الغبن فلاحظ كما أنّه لا يخفى عليك حكم الرجوع بالتغيير ولو بغير فعله بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون المدار على صدق بقاء الموهوب بعينه ، والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة :إذا وهب وأطلق ﴾ فضلاً عن أن يكون قد اشترط العدم ﴿ لم تكن الهبة مشروطة بالثواب ﴾ سواء كانت من المساوى أو من الأدنى ، أو من الأعلى بلا خلاف محقّق أجده فيه ، وإن حكى عن المبسوط والخلاف إلاّ أن الظاهر من المحكي عنهما خصوصاً الأوّل إرادة اشتراط لزومها به، فلو كانت حينئذٍ لرحم مثلاً لزمت حينئذٍ بدونه

نعم عن كافى أبي الصلاح أنّ هدية الأدنى إلى الأعلى تقتضى الثواب بمثلها ، ولا يجوز له التصرف فيها قبل الاثابة أو العزم عليها ، ولعلّه يريد ما هو المتعارف من إرادة الثواب بمثل الفرض ، وهو خارج عما نحن فيه ، وحينئذٍ يتمّ ما حكيناه من نفى الخلاف فى ذلك بيننا وكذا ما فى السرائر من أن عليه إجماع اصحابنا وأن أحداً لم يذكر ذلك فى مسطور ، وهو الحجّة بعد اطلاق الأدلة .

نعم هى وإن لم تكن مشروطة به ، ولكن له الإثابة وعدمها ﴿ فإن أثاب لم يكن للواهب الرجوع ﴾ مع قبوله لما عرفته سابقاً من أدلة لزومها بذلك نعم لا يجب عليه القبول

للأصل لأنّه بمنزلة هبة جديدة لا يجب عليه قبولها ، خصوصاً بعد اقتضائه سقوط حقّه من الرجوع كما تقدم الكلام فى ذلك بل الظاهر أيضاً عدم جواز الرجوع للموهوب بثوابه ، لأنّه أيضاً من الهبة الّتي اثيبت ﴿ وإن شرط الثواب ﴾ فى هبته ﴿ صحّ ﴾ بلا خلاف فيه عندنا بل عن التذكرة الإجماع عليه ، للإطلاق خلافاً لما عن أحد قولي الشافعي من عدم الجواز لمنافاته مقتضاها الّذي هو المجانية وفيه منع واضح ، بل لا فرق في صحّته ﴿ أطلق أو عين ﴾ بلا خلاف أجده فى الثاني منهما ، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه بل والأوّل على ما في المفاتيح وظاهر قوله فى المسالك عندنا لكن عن يحيى بن سعيد فى الجامع وإن شرط مجهولاً لم يصحّ .

وفيه : أنّه مناف لإطلاق الأدلّة ولبنائها على المغابنة ، ولأنّها مضبوط بالقيمة مع التعاسر .

ولخبر القاسم بن سليمان[1] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن الرجل يهب الجارية على أن يثاب فلا يثاب أله أن يرجع فيها ؟ قال : نعم إذا كان شرط له عليه ، قلت : أرأيت إن وهبها له ولم يثبه أيطأها أم لا ؟ قال : نعم إذا كان لم يشترط عليه » .

وخبر اسحاق بن عمار[2] «قال : قلت الرجل يهدى الهديّة يتعرّض لما عندى فآخذها ولا أعطيه شيئاً أيحلّ ؟ قال : نعم هي لك حلال ، ولكن لا تدع أن تعطيه » . الخبر .

ألّلهم الاّ أن يقال : أن الثانى منهما لا شرطية فيه ، وإن كان الداعي هو الأوّل والمراد منه اطلاق الثواب المنزّل عند التعاسر على المثل أو القيمة ، وهو غير الثواب المجهول .

ولكن فيه بعد التسليم أنّ الاطلاق كاف ﴿ و ﴾ لكن ﴿ له الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط ﴾ مطلقاً أو معيناً بلا خلاف أجده فيه لإطلاق الادلّة السابقة ، وخصوص خبر القاسم ، وأولويته من العقد اللازم الذى ثبت الخيار فيه ، بعدم بذل الشرط ، ولغير ذلك ﴿ ومع الإشتراط من غير تقدير ، يدفع ما شاء وإن كان يسيراً ﴾ مع رضا الواهب به ، لعدم ما يقتضى التعيين ، بل الإطلاق قاض بعدمه .

(١) الوسائل الباب -٩- من أبواب أحكام الهبات الحديث -٢ .
(٢) الوسائل الباب -٩١- من أبواب ما يكتسب به الحديث -٢ .

ولو امتنع من قبوله فعن أبي علي أنّه يثيبه حتى يرضى ، كما عن بعض العامة لخبر أبي هريرة[1] أن أعرابياً وهب للنبيّ ﷺ ناقته فأعطاه : ثلاثاً بأبي فزاده ثلاثاً ، فأبى فزاده ثلاثاً فلما استكمل تسعاً قال : رضيت » الّذى هو فى غاية الضعف سنداً ودلالة .

وعن التقى في الكافي في الهداية أنّه يثيبه قدر قيمة الهبة أو مثلها ، كما عن بعض العامة أيضاً أو يثيبه مقدار ما يعتاد في جزاء مثله ، كما عن المبسوط والخلاف وغيرهما ، لانصراف الإطلاق إليه ، وفي محكي الخلاف أيضاً لو قلنا : أن لا مقدار للثواب وإنّما هو ما يثاب عنها قليلاً كان أو كثيراً لكان قوياً ، وعن التحرير إذا شرط ثواباً مجهولاً صحّ ولزمه دفع ما يصدق عليه اطلاق الإسم ، وكأنّه يرجع إلى ما عن بعض العامة من الإكتفاء بأقل ما يتموّل ، عكس ما عن آخر منهم أيضاً من أنّه لا بد من دفع ما يزيد على القيمة ، والا لباعها بالسوق ، الى غير ذلك مما لا يخفى عليك وجهه ﴿ و ﴾ لا ما فيه عدا القول بدفع المثل أو القيمة الّذي يرجع إليه القول بدفع المعتاد ثواباً ضرورة كونه المعتاد فصاعداً لا أنقص من ذلك كما أنّه لا يخفى عليك أنّه ﴿ لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع ﴾ لما عرفته من صيرورة العقد حينئذٍ لازماً وإنّما الكلام فيما ذكـره المصنف بقوله ﴿ ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط ، بل يكون بالخيار ﴾ بين ردّ العين وبين دفع المشترط ، ونحوه ما فى القواعد « من أنّه إن لم يرض ، أى الواهب بما دفع إليـه ، تخيّر المتّهب بين دفع الموهوب ، وعوض المثل» قيل ومقتضاه عدم وجوب الوفاء عليه به ، وبناه في المسالك على كونه كذلك في العقد اللازم أيضاً وإنّما فائدته جعل العقد اللازم جائزاً ، أو على أن هذا العقد من العقود الجائزة خصوصاً من جهة الواهب ، فلم يجب الوفاء به ، كما لا يجب الوفاء بأصله واشكله فيها أيضاً بأنّه من طرف المتّهب لازم ، فلا يجوز له الفسخ بنفسه ، وإن لم يبذل المشروط وتخيره بين بذل العين والثواب المشروط لا ينافيه ، وإنما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصة كما أن الأوّل قد بيّنّا

---

(١) راجع ص ٢٠٣

ضعفه في محله وقلنا : إنه مناف لعموم «أوفوا[١] » و «المؤمنون عند شروطهم[٢] » فيلزم حينئذٍ بالوفاء ، وإن تسلّط البايع مع ذلك على الخيار مع فرض عدم وصول شرطه إليه .

ويمكن أن يقال : بل لعلّه الظاهر أنّ الخيار المزبور في المتن وغيره لا ينافي لزوم العقد وردّ العين – باعتبار كونها ثواباً ، أو أولى منه – ليس فسخا للعقد ، بل هو نحو رد العين في القرض ، وإن أوجب عقده المثل أو القيمة ، لكن ردّه نفسه أولى بالقبول ، فكذا ما نحن فيه .

نعم يتسلط الواهب على الفسخ مع الإمتناع عن أصل البذل على نحو ما سمعته في غيره من العقود اللازمة ولعلّه لذا جزم بعض بتنزيل إطلاق المحكي عن جماعة لزوم العوض على إرادة الخيار المزبور .

نعم بقي الكلام في شيء آخر وهو أنّه ما ذكره في المسالك أيضاً من أنّه يفهم من قول المصنّف «ولم يكن للواهب الرجوع مع قبضه » جواز رجوعه متى لم يقبضه وأن بذل المتّهب والأمر فيه كذلك وقد تقدم ، ولا ينافيه عموم[٣] «أوفوا » ولا قول أبي عبد الله عليه‌السلام في الصحيح «تجوز الهبة لذي القربى والّذي يثاب عن هبته ، ويرجع في غير ذلك » كما زعمه بعضهم ، لأنّ عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائز ، وقد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه ، إذا سلّم دلالة الوفاء على المضيّ فيها مطلقاً ، والاثابة في الخبر لا يتحقّق إلاّ بالإتفاق عليها ، لا بمجرد بذلها ، ولم يحصل هنا » .

قلت : الّذي قدّمه في صدر المسألة بعد أن ذكر الصور الاثنى عشر ، قوله : «وتفصيل حكمها أنّه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً ، ومع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً ثم إن عيّنه لزم ما عينّ بمعنى أن المتهب ان دفع المشروط ، والاّ تسلط الواهب على الفسخ ، وإن أطلق اشتراط الثواب لزم أيضاً الوفاء به ، لكن إن اتّفقا على قدر فذاك ، وإلاّ وجب

(١) سورة المائدة الآية –١ .
(٢) الوسائل الباب –٢٠ – من أبواب المهور الحديث –٤ .
(٣) الوسائل الباب –٩ – من أبواب أحكام الهبات الحديث –٣ .

إثابة مقدار الموهوب عيناً أو قيمة ، ولا يلزم الازيد ، وإن طلبه الواهب ، كما لا يجبر الواهب على قبول الأول ، والمعتبر قيمة الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد ، ويحتمل عند دفع الثواب » .

وهو كالصريح في وجوب القبول عليه ، مع بذل المثل أو القيمة بل لعلّه ظاهر تقييد عدم وجوب القبول بما إذا لم يذكر العوض في الهبة في القواعد ، بل لعلّه ظاهر قول المصنف ما لم يدفع إليه ، إلى آخره كالقواعد أيضاً ، بل قيل إن مثل ذلك عبارة المبسوط، والتحرير والدروس ، بل لعلّه ظاهر ما سمعته أيضاً من الفاضل من الخيار المزبور إذا لم يرض الواهب باليسر ، بل عن جامع المقاصد نفي البعد عنه .

نعم عن الايضاح أنّ الأقرب جواز الرجوع فيه ، وفيه أنّه مناف لآية «أوفوا[1] »و «المؤمنون[2] » وغيرهما ، وثبوت الجواز في غير الفرض لا يقتضي ثبوته فيه ، وليس هو من الشرط في العقد الظاهر في صدق « يثاب عن هبته » على بذله من المتهب ، بل مقتضاه ذلك وإن كان يسيراً ، إلاّ أنّ انصراف اطلاق العوض المشترط إلى المساوي—فصاعداً مضافاً إلى قاعدة لا ضرر وإلى العادة – صار سبباً للخروج عنه ، أمّا إذا كان معيّنا فالظاهر لزومها ببذله ، وإن كان يسيراً ، وبذلك ظهر لك أن ما في المسالك مشوّش ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامه في تفسير قوله في المتن «ومع الإشتراط من غير تقدير » إلى آخره فلاحظ وتأمل .

ولو خرج العوض أو بعضه مستحقاً أخذه مالكه ، ثمّ إن كانت الهبة مطلقة لم يجب دفع بذله ، ولكن للواهب الرجوع ، لاطلاق دليله ، بعد ظهور فساد ما دفع من العوض فيكون كما إذا لم يعوض عنها ، وإن شرطت بالعوض :

ففي القواعد «دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين أو العين ، أو ما شاء إن رضي الواهب مع الإطلاق » وهو ظاهر أيضاً في وجوب دفع العوض ، وفي وجوب قبول الواهب له مع

---

(١) سورة المائدة الآية –١ .

(٢) الوسائل الباب – ٢٠ – من أبواب المهور الحديث –٤ .

بذله ، اللّهمّ إلاّ أن يحصل على إرادة بيان كفايته فى عدم رجوع الواهب في العين ولو بقرينة ما تقدّم له سابقاً .

ولكن يشكل أيضاً بأن الواجب على الواهب قبوله نفس العوض المذكور فى العقد دون غيره ، لعموم قوله «المؤمنون » وغيره .

نعم لو رضى به وقبضه فلا يجب ، لكن لا يختص بالمثل أو القيمة حينئذٍ اللّهم الاّ أن يقال : إن فساد العوض فيها لا يقتضى فسادها ضرورة كونه فيها كالمهر فى النكاح ، لأنّها تصحّ بدونه وحينئذٍ تبقى صحيحة ، ولكن لا وجه للمجانية بعد فرض قصد المعاوضة بها فليس حينئذٍ إلاّ مثل العوض المذكور أو قيمته نحو ما ذكروه فى المهر الفاسد .

لكن لا يخفى عليك النظر فى المقيس عليه ، كما ذكرناه في محلّه فضلاً عن حرمة القياس .

نعم حكم بصحة النكاح للإجماع – والرجوع إلى مهر المثل ، بخلاف المقام ، فإنّه لا شيء مقرر هنا على تقدير الفساد – فالمتجه حينئذٍ البطلان مع فرض ذكر المعوض فيها على طريق ذكره فى عقود المعاوضة ، بناء على صلاحية عقدها للتمليك كالنكاح فلا يحتاج إلى سبب آخر .

نعم لو ذكر العوض فيها على معنى اشتراط هبة عوض هبة امكن القول لعدم اقتضاء ظهور استحقاقه فساد الهبة ، ولكن يكون للواهب حينئذٍ الرجوع ، وإن بذل المتهب المثل أو القيمة ، هذا كلّه فى العوض المعين المشخص ، أمّا المطلق فيدفع بدله سواء كان مقداراً كمائة درهم ، أو لم يكن ، ومن ذلك يعلم ما فى عبارة القواعد من التشويش ، والأمر سهل بعد وضوح الحال وفيها أيضاً «ولو كان معيبا ألزم بالأرش أو دفع العين فى المعينة لا المطلقة » وهو ظاهر فى وجوب قبول الواهب مع دفع الأرش .

وفيه : أن المتّجه عدمه ، لأنّ الفرض اشتراط العوض المعين المنصرف إلى الصحيح فلا يجب عليه القبول ، فالأولى الالزام بالعين ، أو بما يرضى به الواهب ، ولو الأرش ، وأما المطلقة ، فإن كانت من دون تقدير عوض أصلاً ، ودفع عوضاً معيناً وهو مع العيب بقدر القيمة ، فإنّه على ما يسبق ليس له ردّه ، ولا الرجوع ، وإن كان أقل طالَب بالزائد وإن كانت

بتقدير عوض غير مشخص ، فدفع ذلك القدر فظهر معيبا ، فإنّه يتّجه –بناء على أنّه كالسلم– أن يقال له المطالبة بالأرش أو البدل أو العين ، ومتى دفع المتّهب أحدها لم يكن له الامتناع ، وإن قلنا ليس المقام كالسلم ، فله المطالبة بالبدل ، والله العالم .

ولو ظهر استحقاق نصف العين الموهوبة ، رجع بنصف العوض ، بل قيل : له أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب خلافاً للمحكي عن أحد قولي الشافعي ، حيث قال : ببطلان هبة الكلّ ، ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب ، ففي القواعد الاقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة ، وإن زادت عن العوض أو قلّت عنه ، وعن الايضاح وجامع المقاصد أنّه الأصحّ ، وقد تقدم في باب البيع ويأتي في الغصب ما يستفاد منه تحقيق ذلك والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو تلفت ﴾ العين الموهوبة في يد المتّهب ﴿ والحال هذه ﴾ أي كان مشروطاً فيها الثواب ﴿ أو عابت لم يضمن الموهوب له ﴾ عند المصنّف والفاضل وولده في محكي التذكرة والشرح ، وإن كان ذلك بفعل المتهب ﴿ لأنّ ذلك حدث في ملكه ﴾ ولأن المتهب لا يجب عليه دفع العوض ، وللواهب الرجوع في العين ، فالتفريط منه بتركها في يد من يجوز له ذلك فيها بتسليطه .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردّد ﴾ بل منع كما عن ابن الجنيد وجمع من المتأخّرين لعموم «أوفوا» ونحوه ، ولأن قبضها على أن يؤدّي عوضها ولأن الواجب أحد الأمرين ردها أو دفع العوض ، فإذا تعذر الأوّل وجب الثاني ، وبذلك يظهر لك ما في دليل القول الأوّل – ضرورة دخولها في ملكه ، ولا هو سلّطه عليها كذلك ، وعدم وجوب دفع العوض إن أُريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البدل الّذي هو المدّعى ، وحينئذٍ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير فيهما وجب الآخر عينا وإن أُريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع – لكن المراد بالضمان هنا وجوب دفع العوض إذا كان معيناً ، والمثل أو القيمة إذا كان مطلقاً لأنّه هو مقتضى الأمر بالوفاء ، وقوله «والمؤمنون» وغير ذلك ممّا تقدم سابقاً لا القيمة على كلّ حال ، لأنّ العين مضمونة على القابض والشرط لا يجب عليه قبوله ، إذ افيه أنّها مضمونة بالعوض لا غير ، ودعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعة ، كما عرفت ، وما في المسالك من أقل الأمرين من

ذلك ، ومن العوض قال : لما عرفت من أن المتهب مخيّرين الأمرين والمحقق لزومه هو الأقل ، لأنّه إن كان العوض هو الأقل فقد رضى به الواهب فى مقابلة العين ، وإن كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض ، بل يتخير بينه وبين بذل العين ، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها ، وهـذا هو الأقوى » .

ولا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك ، والإكتفاء بردّ العين مع وجودها لا يقتضى الإكتفاء بقيمتها بعد تلفها ، بل اللازم من اقتضاء قاعدة تعذر أحد فردى المخير التي اعترف بها تعين الفرد الثانى فتأمل جيداً ، فإن بعض الوهم هنا قد نشأ من الخلل في المسائل السابقة ، ومن تفسير الضمان بالمعنى المزبور الّذي لا يتمّ إلاّ مع انفساخ العقد ، وكون العوض على طريق المعاوضات ، أمّا إذا كان بمعنى الثواب والجزاء بهبة جديدة فقد يتردّد فى الضمان من كونه كالعوض بالمعنى الأخص ومن منع ذلك ، وأنّه لا يقتضى الضمان حينئذٍ ، وكذلك الكلام لو وجدها معيبة ، والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : إذا صبغ الموهوب له الثوب ﴾ مثلاً ﴿ فإن قلنا ﴾ مثل: هذا ﴿ التصرف يمنع من الرجوع ، فلا رجوع للواهب ، وإن قلنا لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبيا ﴾ رجع به و ﴿ كان ﴾ الموهوب له ﴿ شريكاً ﴾ معه فى الثوب ﴿ بـ ﴾ مقدار نسبة ﴿ قيمه الصبغ ﴾ إلى الثوب .

بل فى المسالك لا فرق بين الصبغ . وبين القصارة والطحن عندنا فى ذلك ، وقد تقدم فى الغبن وفى الفلس والعارية وغيرها النظر فى أمثال هذه المسائل فلاحظ وتأمل كى تعرف أيضاً الحكم فيما لو كان للموهوب غرس ونحوه ورجع الواهب ، فإنّ لكلّ ماله ، وأنّه هل لصاحب الأرض إجبار الغارس على ازالته مجاناً ، أو ليس له ذلك بل يتخير بين الابقاء بأجرة ، والقلع مع الأرش ، والله العالم والمؤيّد .

المسألة ﴿ السابعة : إذا وهب فى مرضه المخوف ، وبرء صحت الهبة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال فيها ، ولا في شيء من تصرفاته المجانية ﴿ وإن مات فى مرضه ، ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر ﴾ كما عرفت البحث فيه مفصلاً فى كتاب الحجر ، والله هو العالم ، والحمد لله ربّ العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً والشكر لله .

﴿ كتاب السبق والرماية ﴾

بسكون الباء وهو في الأصل مصدر سبق كضرب ، أو سابَق ، بل قيل : إنّه أوفق في معاملته الكائنة بين اثنين فصاعداً على ما ستعرف ، ولعلّ مادته كافية في ذلك عن الهيئة ، وعرفاً معاملة على إجراء الخيل وما شابهها في حلبة السباق ، لمعرفة الأجود منها والأفرس من المتسابقين ، وكذا الرمي والرماية في الأصل لمطلق ذلك ، وعرفاً معاملة على المناضلة بالسهام مثلاً ليعلم حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي .

﴿ وفائدتهما بعث العزم ﴾ وتهيّأه ﴿ على الإستعداد للقتال والهداية لممارسة النِضال ﴾ في حرب الكافرين .

﴿ وهي معاملة صحيحة ﴾ و ﴿ مستندها ﴾ – بعد إجماع المسلمين بقسميه بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر ، بل قيل : والكتاب المبين ، للمرفوع المروي عن عبد الله بن مغيرة[1] في تفسير قوله تعالى «وأعدُّوا لهم ما استطعتم» الآية عن النبيّ صلى الله عليه وآله «إنّه الرمي» وقوله تعالى[2] «إنّا ذهبنا نستبق» بناء على أصالة بقاء مشروعية ما كان في ملّة غيرنا حتّى يعلم النسخ – السنة المستفيضة أو المتواترة منها ﴿ قوله عليه السلام ﴾ المروي في طرق الخاصة والعامة[3] ﴿ لا سبق إلاّ في نصل أو خف أو حافر ﴾ منها ﴿ قول الصادق عليه السلام[4] «إن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه ، ماخلا الحافر والخف والريش والنصل ﴾ وقد سابق رسول الله صلى الله عليه وآله أسامة بن زيد وأجرى الخيل ، كقوله أيضاً[5] «ليس

---

(١) الوسائل الباب – ٢ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث – ٣.

(٢) سورة يوسف الآية – ١٧ .

(٣) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث – ١ – ٢ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب – ١ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث ٦ – ٤ ..

شيء تحضره الملائكة إلاّ الرّهان وملاعبة الرجل أهله» ومنها خبر طلحة عن الصادق – عليه السلام[١] «وأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل الّتي أضمرت من الحصى[٢] إلى مسجد بني زريق وجعل سبقها ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقا أي نخلة وأعطى المصلّي عذقاً وأعطى الثالث عذقاً» ومنها خبر غياث بن إبراهيم عنه أيضاً[٣] عن أبيه عن عليّ بن الحسين عليه السلام «أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجرى الخيل وجعل سبقها أواقي من فضّة إلى غير ذلك من النصوص.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تحقيق هذا الباب يستدعي فصولاً

﴿ الأوّل : في الألفاظ المستعملة فيه فالسابق ﴾ : أي المجلى من خيل الحلبة المجتمعة للسباق و ﴿ هو الّذي يتقدم ﴾ ولو ﴿ بالعنق والكتد ﴾ بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين الظهر وأصل العنق ويعبر عنه بالكاهل.

﴿ وقيل ﴾ والقائل الإسكافي يكفي التقدّم ﴿ بأُذنه ، والأوّل أكثر ﴾ لقوله عليه السلام «بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأُذنه».

وفيه – مع إمكان حمله على المبالغة نحو قوله صلى الله عليه وآله[٤] «من بنى مسجدا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة» مع امتناع بناء مسجد كذلك – أنّه لا دلالة فيه على كون السابق على الإطلاق كذلك ، إذ النزاع فيه لا المقيد بنحو ذلك.

كما أن في الأوّل منعا واضحاً إن أُريد الحمل عليه ، وإن كان العرف على خلافه ، ضرورة عدم الوضع الشرعي فيه ، وعلى تقديره فلا مدخلية له في ألفاظ المتراهنين ، فالتحقيق حينئذٍ إيكاله إلى العرف ، ولعله في زماننا لا يصدق إلاّ أن يسبق بالكل . وبالجملة فالمدار على العرف إن كان ، وإلاّ فلا بدّ من التقييد لرفع الغرور والنزاع ، بناء على اعتبار المعلومية في ذلك ، وإن كان القائل بالأوّل أكثر والله العالم.

---

(١) الوسائل الباب – ٤ – من أبواب أحكام السبق و الرماية الحديث – ١.

(٢) الحفى (خ ل)

(٣) الوسائل الباب – ١ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث – ١

(٣) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام المساجد الحديث – ٢.

﴿ والمصلى ﴾ منها أيضاً هو ﴿ الّذي يحاذى ﴾ بـ ﴿ رأسه صلوىَ السابق ﴾ فصاعدا ﴿ والصلوان ﴾ هـ ﴿ ما ﴾ العظمان النابتان ﴿ عن يمين الذنب وشماله ﴾ والتالي للمصلّى هو الثالث ، ويليه البارع الرابع لأنّه برع المتأخّر عنه وفاقه ، ثمّ المرتاح وهو الخامس ، من الإرتياح بمعنى النشاط ، فكأنّه نشط فلحق بالسوابق ، والسادس الحظيّ لأنّه حَظِي عند صاحبه حين لحق بالسوابق ، أي صار ذا حظوة ونصيب عنده ، أوفى مال الرهان .

والسابع : العاطف ، لأنّه عطف إلى السوابق أي مال إليها ، أو كرّ عليها فلحقها

والثامن : المؤمل لأنّه اللحوق بالسوابق ، والتاسع : اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول ، لأنّه يلتطم إذا أراد الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق .

والعاشر : السكيت بالتصغير مخففاً ، ويجوز تشديده ، سمى به لسكوت ربه إذا قيل لمن هذا ، أو لانقطاع العدد عنده ، وليس لما بعد العاشر من خيل الحلبة اسم إلاّ الذي هو آخر الخيل كلّها ، فيقال له : الفِسكِل بكسر الفاء والكاف أو بضمّها الّذي هو آخر فرس يجيء في الرهان ، وقيل : إنّه السكيت .

ولا يخفى عليك أنّه لا مدخلية لهذه الأسماء في شيء من أحكام الباب ، ضرورة بناء أحكامها على مسمّياتها ، لا على أسمائها ، وهو يتبع عرف المتراهنين ، أو ما يتفقون عليه في بيان ذلك ، فقد يعبرون عن المجلى والمصلّى وغيرهما بغير أسمائها كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فقد عرفت أن ﴿ السبق بسكون الباء ﴾ في الأصل ﴿ المصدر ﴾ ثم نقل إلى المعاملة الخاصّة ﴿ وبالتحريك : العوض ﴾ في هذه المعاملة ، ﴿ وهو ﴾ المسمّى بـ ﴿ الخطر ﴾ بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين والنّدَب والرهن ومنه أخذ الرهان بهذه المعاملة ﴿ والمحلّل ﴾ هو ﴿ الذي يدخل بين المتراهنين ﴾ ولا يبذل معهما عوضا بل يجري فرسه بينهما أو في أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد ، على أنّه ﴿ إن سبق ﴾ بنفسه أو مع غيره ﴿ أخذ ﴾ العوض أو بعضه على حسب الشرط ، ﴿ وإن لم يسبق لم يغرم ﴾ شيئاً ﴿ والغاية مدى السباق ﴾ ومنتهاه .

﴿ والمناضلة : المسابقة والمراماة ﴾ قال في الصحاح : ناضله : أي راماه يقال : ناضلت فلانا فنضلته ، إذا غلبته ، وانتضل القوم وتناضلوا : أي رموا للسبق ، وعن التذكرة السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة ، وعلى المسابقة بالرمى مجازاً ولكل واحد منهما اسم خاص ، فيختص الخيل بالبرهان ، ويختص الرمى بالنضال .

وفي المسالك «اطلاق المناضلة على ما يشتمل المسابقة ليس بمعروف لغة ، ولا عرفا ، ولعل المصنف ومن تبعه في ذلك تجوّزوا في الإطلاق ، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة ، وهو الموافق لما سمعته من أهل اللغة» .

قلت : يمكن أن يريد المصنف أن المناضلة المسابقة في الرمى ، ويكون قوله والمراماة تفسيراً ، وإطلاق السبق على الرمى هو المنافق لقوله عليه‌السلام لا سبق إلى آخره على أن يكون المراد منه الغلبة في السبق المعنوي : والأمر سهل .

﴿ ويقال : سبّق – بتشديد الباء – إذا أخرج السبق ﴾ بالتحريك أي العوض منه لغيره ﴿ وإذا أحرز أيضاً ﴾ باستحقاقه له قبضه أم لم يقبضه .

﴿ والرشق – بكسر الراء – عدد الرمى ﴾ أي عدد ما يرمى به من السهام يقال : رمى رشقا : أي رمى بسهامه الّتي يريد رميها كلها ، وإذا حصل الإتفاق على خمسة خمسة ، فكلّ خمسة يقال له رشق ، وعن بعض أهل اللغة تخصيصه بما بين العشرين والثلاثين.

﴿ و ﴾ أما ﴿ بالفتح ﴾ فهو ﴿ الرمى ﴾ الذي هو المصدر ، يقال : رشقه يرشقه رشقا : إذا رماه بالسهم ، ﴿ ويقال : ﴾ أيضاً ﴿ رشْق وجه ويد ﴾ بكسر الراء ﴿ ويراد ، به الرمى على ولاء حتى يفرغ الرشق ﴾ فيكون مشتركاً إذا كان الإطلاقان على جهة الحقيقة ، وفي الصحاح «الرشق بالكسر الإسم ، وهو الوجه من الرمى ، فإذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا : رمينا رشقاً» .

وفي المسالك «والمراد برشق اليد هذا المعنى ، وإضافة الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه ، فيقال : ورشق يد ، إذا كانت جهة الرمى واحدة ، ويمكن مع ذلك إضافته إليهما معا كما يظهر من العبارة» .

قلت : قد يقال : ظاهر الولاء الّذي في العبارة غير الإتّحاد في الجهة ، المذكور في الصحاح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ يوصف السهم ﴾ المرامى به ، بأوصاف كثيرة ذكر في محكي التحرير منها ستة عشر ، ومحكي كتاب فقه اللغة تسعة عشر إسما ، واقتصر المصنف على ستة منها ، لما عرفت سابقاً من عدم فائدة معتد بـ ﴿ ـها ﴾ في ذلك .

وهي ﴿ الحابي ، والخاصر ، والخازق ، والخاسق ، والمارق ، والخارم ﴾

﴿ فالحابي : ما زلج ﴾ أي زلق ﴿ على الأرض ثم أصاب الغرض ﴾ بمعنى أنّه يقع دون الهدف ثمّ يحبو إلى الغرض فيصيبه ، مأخوذ من حبو الصبي ، وجمعه حوابي ، وفي محكي الصحاح سهم زلج : يتزلج عن القوس .

﴿ والخاصر ﴾ بالخاء المعجمة والصاد المهملة من الخاصرة هو ﴿ ما أصاب أحد جانبيه ﴾ أي الغرض ، وفي المسالك يسمى جايزاً وقيل : الجايز ما سقط من وراء الهدف ، وقيل : ما وقع في الهدف عن أحد جانبي الغرض فهو مخطىء إن كان شرط الإصابة في الغرض ، ومصيب إن كان في الهدف .

﴿ والخازق ﴾ بالخاء والزاء المعجمتين ﴿ ما خدشه ﴾ أي الغرض .

﴿ والخاسق : ما فتحه وثبت فيه ﴾ لكن عن نهاية ابن الأثير خرق السهم وخسق إذا أصاب الرمية ونفذ فيها ، وسهم خازق وخاسق ، وفي الصحاح : الخازق من السهام المقرطس ، والخاسق لغة في الخازق ، وقال في باب السين سمى الغرض قرطاساً يقال : رمى بمقرطس إذا أصابه ونحوه عن القاموس ، وظاهر الجميع أنّها بمعنى واحد ، وهو النفوذ كما في النهاية ، والإصابة كما في الصحاح والقاموس ، وعن الثعالبي في سرّ العربية إذا أصاب الهدف فهو مقرطس ، وخارق وخاسق وصائب .

﴿ والخارق ﴾ بالخاء المعجمة والراء المهملة هو ﴿ الّذي يخرج من الغرض نافذاً ﴾ من الخرق بمعنى الشق ، لكن في المسالك «لم يذكره أحد من أهل اللغة ممن وقفت

على كلامه في أسمائه ، وفي بعض نسخ الكتاب المارق بالميم بدل الخارق وهو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة» .

﴿ والخازم ﴾ هو ﴿ الّذي يخرم حاشيته ﴾ أي الغرض ، وفي المسالك أيضاً «لم يذكره أهل اللغة» والأمر سهل .

﴿ ويقال : ﴾ أيضاً في اسم السهم ﴿ المزدلف ﴾.وهو ﴿ الّذي يضرب الأرض ثمّ يثب إلى الغرض ﴾ وظاهر القواعد أنّه رديف للحابي قد يفرق بينهما بما تشعر به عبارة المصنف من اعتبار القوّة في الثاني ، بخلاف الحابي ، بل في المسالك «إنّ هذا هو الظاهر من التذكرة» .

﴿ والغرض ما يقصد اصابته ، وهو الرقعة ، والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره ﴾ كحائط ونحوه ، وقد يطلق على الغرض القرطاس ، وإن لم يكن قرطاساً ، وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال ، يقال : لها الدائرة ، وفي وسطها شيء آخر يقال له الخاتم : والإصابة تتبع الشرط ، فقد يكفي فيها الهدف ، وقد لا يكفي إلاّ الخاتم كما هو واضح .

﴿ والمبادرة ﴾ أحد قسمي المراماة و ﴿ هي أن يبادر أحدهما ﴾ مثلا ﴿ إلى ﴾ مطلق ﴿ الإصابة ﴾ أو إصابة عدد معين ﴿ مع التساوي في الرشق ﴾ من مقدار معين أو مطلق ، فلو أصاب أحدهما في أوّل الرشق وأخطأ الآخر فهو ناضل له ، ولو أصابا معاً لم يناضل أحدهما الآخر ، ولو اشترطا إصابة خمسة في ضمن العشرة ، فأصاب أحدهما فيها وأخطأ الآخر فهو ناضل له ، وإن أصاب أيضاً لم يتناضلا ، وإلى ما ذكرناه يرجع تفسيرها في المسالك «بأنّها اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين ، من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه» ضرورة أنّه أعم منه كما هو مقتضى اطلاق المصنف .

﴿ و ﴾ القسم الثاني ﴿ المحاطّة وهي اسقاط ما تساويا فيه من الاصابة ﴾ بعد تساويهما في الرشق ، فإن نضل أحدهما الآخر ، فهو ناضل له ، وإلاّ لم يتناضلا ، سواء اشترطا عدداً معيناً أولا ، لأنّ المدار على تساويهما في الرشق ، ونضل أحدهما الآخر وأما غير ذلك فهو على حسب الشرط ، وهذا مقتضى اطلاق المصنف ، وإليه وإلى بعضه يرجع تفسيرها في

المسالك «بأنّها اشتراط العوض لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر ، وطرح اشتركا فيه» ثمّ أكثر من الأمثلة ، ولكن اطلاق المصنف أجود ، ومنه يظهر أنّه لا وجه لمناقشة المصنف بأن المقصود من معناهما غير حاصل من لفظه ، وبدخول كلّ منهما في تعريف الآخر ، كما أن منه أيضاً يعلم رجوع المناضلة إليهما ، لا أنّها قسم ثالث كما في القواعد ، مع أن المحكي من التحرير صريح في مرادفتها له .

نعم ربما قيل إنّ الجواب من دون ياء قسم ثالث للمراماة ، وهي أن يحتسب بالإصابة للغرض والهدف ، ويسقط الأقرب للغرض ما هو الأبعد منه ولا بأس به .

الفصل الثاني ﴿ : فيما يسابق به و ﴾ لا ريب أنّ الأصل عدم ترتب آثار هذا العقد وحينئذٍ فـ ﴿ يقتصر في الجواز على النصل والخف والحافر ، وقوفاً ﴾ فيما خالف الأصل ﴿ على مورد الشرع ﴾ والإجماع على شرعيته في الجملة لا يقتضي العموم ، كما أنّ كون الحكمة فيه الإستعداد للجهاد كذلك أيضاً ، بل ولا «أوفوا بالعقود» بعد أن ذكرنا غير مرّة أن المراد منها العموم في أنواعها ، لا أفراد كلّ نوع منها الّذي يرجع في مشروعيته إلى ما دلّ على مشروعية نوعه إن كان على جهة العموم ، أو الإطلاق الشامل للفرد المشكوك فيه ، وليس في المقام ذلك ، بل ظاهر خبر الحصر ، ونفرة الملائكة عند الرهان ، ولعن صاحبه خلافه ، وبذلك يظهر لك النظر فيما في المسالك فلاحظ وتأمل .

نعم أطنب في الحدائق في إضافة الطيور إلى الثلاثة مستدلاً على ذلك بنصوص قاصرة السند ولا جابر ، على أن خبر الحمام منها محتمل لإرادة اللعب به ، بلا مسابقة ولا إرادة الخيل منه ، بل قيل : أنّه المتعارف في لسان أهل المدينة ، بل لعله أيضاً ظاهر أو محتمل الإستدلال عليه في خبره للنبوي المتضمن لإجراء الخيل ، بل ربما احتمل في النصوص الريش منها إرادة السهم ذي الريش ، وليس في عطفه على النصل في أحد الخبرين دلالة على التغاير بينهما ، بعد احتمال كونه من عطف المرادف ، أو الخاص على العام المؤيد بإسقاط العطف ، وإبدال النصل بالريش في الخبر الثاني المصرح فيه بحرمة الباقي ، كلّ ذلك مضافاً إلى الإجماع المحكي مستفيضاً على الحصر في الثلاثة .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يدخل تحت النصل : السهم والنّشاب والحراب ﴾ والسكين ﴿ والسيف ﴾ والرمح ، قال في الصحاح : النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ،وفيه أيضاً : النشاب السهام ، فيكون عطفه عليه هنا من عطف التفسير وعن مبسوط الشيخ أنّه باعتبار اللغات ، فيقال : سهم في لغة العرب ، ونشّاب في لغة العجم ، وفي المسالك «إن حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغة ، وعرفاً ، فلا يدخل فيه مطلق المحدّد كالدنبوس وعصا المرافق إذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك عملاً بالأصل السابق» ولكن مع ذلك قال : «ويحتمل الجواز بالمحدّد المذكور ، إمّا الإدّعاء دخولها في الأصل ، أو لإفادتها فائدة النصل في الحرب ، حيلة على جواز الفعل نظرا إلى دخوله بذلك في النصل» وهو كما نرى ، ضرورة أنّه لا وجه للإحتمال المزبور بعد الإعتراف بأن الحصر المزبور هو المعروف لغة وعرفا ، فإن ادّعاء دخولها يكون غلطا حينئذٍ ، كدعوى لحوقها في الحكم وإن لم تدخل في الموضوع كما هو واضح .

﴿ ويتناول الخف : الابل والفيلة اعتبارا باللفظ ﴾ الشامل لذلك بلا خلاف ، أجده فيه بيننا ، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه ، بل حكاه فيها عن أكثر العامة أيضاً

نعم عن بعضهم المنع لأنّه لا يحصل بها الكرّ والفرّ ، فلا معنى للمسابقة عليها ، وكأنّه مال إليه بعض متأخّري المتأخّرين منّا ، لكنّه في غير محلّه ، إذ هو كالإجتهاد في مقابلة النص ، ودعوى انصرافه إلى الأوّل خاصة ممنوعة ، على أن كرّ كل حيوان وفراره بحسب حاله .

﴿ وكذا يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل ﴾ فيجوز المسابقة عليها كما في المسالك ، خلافاً لبعض العامة فمنع منها في الأخيرين ، لأنّهما لا يقاتل عليهما عملاً غالباً ، ولا يصلحان للكرّ والفرّ ، ومال إليه بعض متأخّري المتأخّرين لذلك ، ولدعوى عدم انصراف الإطلاق إلى ما يشملها ، لكنّه في غير محلّه كما عرفت ، خصوصاً بعد مقاتلة أمير المؤمنين عليه‌السلام على بغلة رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا تجوز المسابقة ﴾ المشتملة على عوض ﴿ بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا بالمصارعة ﴾ ولا بغير ذلك ممّا هو غير الثلاثة المزبورة بلا خلاف أجده

فيه بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الحصر السابق ، ولعن الملائكة الرهان في غيرها وأنّه قمار حرام .

نعم عن بعض العامة جواز المسابقة بالجميع ، لإمكان الإحتياج إلى الطيور في حمل الكتب ، واستعلام حال العدوّ ، وتعارف الحرب على الأقدام كتعارفه بالسفن في البحر ، والنبوي المروى[1] من طرقهم «أنّه عليه‌السلام سابق عايشة بالقدم مرّتين ، سَبَق في إحديهما ، وسُبِق في الآخر ، وأنّه صارع ثلاث مرّات[2] كلّ مرّة على شاة فصرع خصمه في الثلاث ، وأخذ منه ثلاث شياة» .

ولكن لم يثبت شيء من ذلك عندنا ، بل الظاهر الثابت خلافه كما عرفت ، وأما جوازها بدون عوض فقد حكى فيه قولان : قيل : إن منشأهما فتح الباء في لفظ سبق المرويّ في خبر الحصر وسكونها ، فعلى الأوّل الّذي هو المشهور لا يدلّ إلاّ على عدم مشروعية بذل العوض في غير الثلاثة ، ولا تعرض فيها لغير ذلك ، فيبقى على اصالة الجواز ، وعلى الثاني يدلّ على المنع مطلقاً ، لكن يرجح الأوّل – مع شهرة روايتها كذلك – أن احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقاً ، فيبقى أصالة الجواز خالية عن المعارض .

مضافاً إلى إمكان ترتب غرض صحيح عليها ، يخرجها عن اللهو واللعب ، مع أنّها لم يثبت تحريمها على وجه الإطلاق بحيث يشمل المجرد عن الآلات المعدة لمثل ذلك ، فيجوز حينئذٍ المسابقة بالإقدام ، ورمي الحجر ودفعه ، والمصارعة والآلات الّتي لا تشتمل على نصل والطيور ، ولعل من ذلك مصارعة الحسنين عليهما‌السلام بمحضر النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله[3] ومكاتبتهما ، وغيرهما مما هو مروى عن الحسن عليه‌السلام أيضاً ، ومن ذلك وغيْره جزم به ثاني الشهيدين ومن تبعه ، لكن في الرياض «أن الأشهر خلافه ، بل ظاهر المهذب والمحقق الثاني وصريح المحكي عن التذكرة أن عليه اجماع الإماميّة في جميع الأمور المذكورة ، ثمّ اختاره للإجماع المزبور المعتضد بالشهرة ، وبما دلّ على حرمة اللهو واللعب لكون المسابقة في المذكورات منها بلا تأمّل .

(١ و ٢) المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ١٢٧ – ١٢٩

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٥١٧ .

وخصوص ما مرّ من المعتبره(١) المنجبر قصور سندها بالشهرة ، بل وعمل الكلّ ولو في الجملة الدالة على تنفر الملائكة عند الرهان ، ولعنها صاحبها ما خلا الثلاثة ، مع التصريح في بعضها بأن ما عداها قمار محرم ، ودعوى توقف صدق القمار والرهانة على بذل العوض غير معلوم الصحة مع صدقها ، سيما الرهانة بدونه عرفاً وعادة وربما جعل ذلك كلّه قرينة على صحة رواية السكوني الّتي دلالتها على عدم الصحّة بل الحرمة ظاهرة ، لعدم إمكان إرادة نفي الماهية ، فتحمل على أقرب المجازات ، وهو إما نفي جميع أحكامها الّتي منها الصحة والمشروعية ، أو نفيها خاصة ، لأنّه المتبادر من نفي الماهية بلا شبهة ، سيما مع الإعتضاد بما عرفته من أدلّة الحرمة وبذلك يظهر الجواب عما في الكفاية : من أنّه لا دلالة في الرواية على الحرمة على النسختين ، فإنّه على الفتح يحتمل أن لا لزوم ، أو لا تملك ، أو لا فضل للسبق ، والعوض إلاّ في هذه الثلاثة من بين الأفعال الّتي يسابق عليها ، وحينئذٍ فلا دلالة لها على تحريم الفعل ، أو الملاعبة مع العوض أيضاً في غير الثلاثة ، بل لا يدلّ على تحريم العوض أيضاً ، وعلى السكون يحتمل أن يكون معناها لا اعتداد بسبق في أمثال هذه الأُمور إلاّ في الثلاثة ، أو لا فضل لسبق إلاّ في الثلاثة ، فلا دلالة فيها على التحريم» إذ هو كما ترى بعد ما عرفت ، إذ لا ريب في بعد الإحتمالات الّتي ذكرها ، ولهذا لم يشر أحد من الأصحاب إلى جريان شيء منها في الرواية ، بل أطبقوا على دلالتها على الحرمة ، وإنّما اختلفوا لإختلاف النسخة في متعلّقها هل هو العوض خاصّة ، أو نفس الرهانة ، وأين هذا الأطباق من صحّة ما ذكره بل ينبغي القطع بفساده . سيما مع ما عرفت من الروايات ، بل للأدلة الأُخر الظاهرة في الحرمة وأخبارهم يكشف بعضها عن بعض» هذا حاصل ما في الرياض ، و نقلناه بطوله لجودة محصوله .

لكن ينبغي أن يعلم أن التحقيق الحرمة وعدم الصحّة إذا أريد إيجاد عقد السبق بذلك ، إذ لا ريب في عدم مشروعيته ، سواء كان بعوض أو بدونه ، ولو للأصل ، فضلاً عن النهي في خبر الحصر .

أمّا فعله لا على جهة كونه عقد سبق ، فالظاهر جوازه ، للأصل والسيرة المستمرة على فعله في جميع الأعصار والأمصار من الأعوام والعلماء ، وما ورد من مصارعة الحسن والحسين

(١) الوسائل الباب – ١ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث – ٦ .

عليه‌السلام (١) ومكاتبتها والتقاطها حبّ قلادة أمّها ، بل ما روته العامة من مسابقة النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله (٢) لعايشة بقدمه فسَبَق وسُبِق لو قلنا بصحة ذلك ، وعدم منافاة مثله لمنصب النبوة ، لأنّه من المداعبة مع الزوجة وغير ذلك .

بل لا يبعد جواز اباحتها العوض على ذلك ، والوعد به مع استمرار رضاهما به ، لا على أنّه عوض شرعيّ ملتزم ، بل قد يحمل عليه ما روي عن النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله في طرق العامة (٣) من المسابقة بالقدم مع أشخاص ثلاثة على شاة ، فغلب الثلاثة وأخذ الشياة الثلاث ملتزم به ، والمراد من الخبر ـ على السكون ـ لا عقد سبق ، فإن السبق اسم لهذه المعاملة ، كالبيع والصلح والإجارة ، وعلى الفتح لا سبق إلاّ في الثلاثة لعدم مشروعية عقد السبق في غيرها ، وحينئذٍ يتّحد المراد منها على النسختين ، والإجماعات المزبورة إنّما هي على ما ذكرنا من عدم مشروعية عقد السبق في غير الثلاثة ، وإن كان بغير عوض ففعله حينئذٍ تشريع محرّم ، لا أنّ المراد حرمة مطلق المغالبة ، وإن تعلق بها غرض صحيح ، ودعوى أنّها مطلقا لهو ولعب ، وهما مطلقاً حرام واضحة المنع ، خصوصاً بعد معروفية مداعبة الصلحاء ومغالبتهم في كثير من الأُمور ، بل ربما عدّ مثلها عبادة ، وبذلك ظهر لك ما في كلام من الأصحاب ، وإنّه غير محرّر ، فإن جملة من كلماتهم تقضي بأن محل البحث إيقاع عقد المسابقة ، وجملة منها تقضي بحرمة مطلق المغالبة بغير الثلاثة ، وإن لم يكن على أنّه عقد مسابقة ، لأنّها لهو ولعب وقمار ، إلاّ أنّ التحقيق ما عرفت .

الفصل ﴿ الثالث : في عقد المسابقة والرماية ﴾

﴿ وهو يفتقر ﴾ مضافاً إلى ما يعتبر في غيره من العقود من البلوغ والعقل ونحوهما ﴿ إلى إيجاب وقبول ﴾ كغيره من العقود بالنسبة إلى ذلك ، وإلى جميع ما يعتبر في اللازم منها ، بناء على أنّه منها من العربية والمقارنة ونحو ذلك .

نعم الظاهر جريان المعاطاة فيه كغيره ، بناء على عموم مشروعيتها .

(١) المستدرك ج ص ٥١٧ .

(٢ و ٣) المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ١٢٧ .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه والفاضل في محكي مختلفة ﴿ هي جُعالة فلا تفتقر إلى قبول ، ويكفي البذل ﴾ كما يكفي فيها قول من ردّ عبدي فله درهم ونحوه ، ﴿ وعلى الأوّل : فهو لازم كالإجارة ﴾ لعموم[1] «أوفوا» و[2] «والمؤمنون» والأصل ﴿ وعلى الثاني : هو جائز ، شرع فيه أو لم يشرع ﴾ كالجعالة وإن كان التحقيق خروجه عنهما معا ، ضرورة انتفاء جملة من خواص كلّ منهما فيه ، منها – العوض ، فإن الظاهر عدم اعتباره فيه ، لإطلاق الأدلة وعمومها ، بل وقد وقع من رسول الله صلى الله عليه وآله بدونه .

قال الصادق عليه السلام في خبر طلحة بن زيد[3] «أغار المشركون على سرح المدينة ، فنادى فيها مناديا سوء صباحاه فسمعها رسول الله صلى الله عليه وآله فركب فرسه في طلب العدوّ وكان أول أصحابه ولحقه أبو قتادة على فرس له ، وكان تحت رسول الله صلى الله عليه وآله سرج دفتاه من ليف ليس فيه أشر وبطر ، فطلب العدوّ فلم يلقوا أحدا ، وتتابعت الخيل . قال : أبو قتادة : يا رسول الله إن العدوّ قد انصرف ، فإن رأيت أن نستبق فقال : نعم فاستبقوا فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله سابقاً ثمّ أقبل عليهم فقال : أنا ابن العواتك من قريش إنّه لهو الجواد البحر» ومنها عدم معلومية السابق ، ومنها عدم رجوع العمل للجاعل إلى غير ذلك مما يظهر بأدنى تأمل ، على وجه يقطع بخروج هذا العقد عنهما ، وكونه عقداً برأسه ، وثاني الشهيدين وإن ذكر ذلك هنا احتمالاً لكنّه جزم بعد ذلك بخروجه عنهما ، كالمحقّق الثاني وعليه فرّع جملة من الأحكام الخارجة عنهما محتجاً عليه بأنّه عقد برأسه ، بل لعل الأصحاب أجمع كذلك ، وإن وقع من بعضهم كونه إجارة أو جعالة ، إلاّ أنّ مرادهم كالأوّل في اللزوم ، والإحتياج إلى القبول ، وكالثاني في الجواز ، وعدم الإحتياج إلى القبول العقدي ، لا أن المراد كونه فرداً منهما ، ولذا جعلوا له كتاباً مستقلاً على نحو غيره من العقود ، وأثبتوا له أحكاماً لا توافق شيئاً من العقدين كما هو واضح .

وعلى كلّ حال فالدليل على عقديّته ذكر الأصحاب له في نظمها ، بل ظاهر المصنف في النافع ، والفاضل في المختلف بل وغيرهما المفروغية من ذلك ، وان التردّد إنما هو في اللزوم والجواز ، وإن كان ظاهره هنا تفريع لزومه وجوازه على عقديّته و عدمه ، لكنه في غير محله ،

(١) سورة المائدة الآية – ١

(٢) الوسائل الباب – ٢٠ – من أبواب المهور الحديث – ٣ .

(٣) الوسائل الباب – ١ – من أبواب أحكام السبق والرماية الحديث – ٢ .

ضرورة كون كلّ منهما أعم من ذلك .

كما أنّ التردّد في الجواز واللزوم بعد فرض عقديّته في غير محلّه ، ضرورة أنّ الأصل في العقد اللزوم ، لعموم «أوفوا»[1] والإستصحاب الّذي مقتضاه ذلك أيضاً ، وإن لم نقل بعقديّته ، وما في المختلف «من أنّ المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه إن كان جائزاً ، وليس المراد مطلق العقود ، وإلاّ لوجب الوفاء بالجايزة» واضح الفساد ضرورة ظهور الأمر بالوفاء بالشيء التزامه والعمل به ، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم ومن هنا كان طريقة الأصحاب حتّى هو الإستدلال بها على اللزوم ، وإلاّ كان دوراً واضحا وخروج العقود الجائزة منها للأدلة ، لا ينافي بقاء حجيتها في الباقي .

وبذلك كلّه ظهر لك أنّه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديّته الّذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور ، بل ومن أن ثبوت العوض في ذمّة المسبوق ، مع فرض كون الإيجاب من السابق من الأمور الّتي لا تثبت إلاّ بالعقود ، المعلوم كون موردها نحو ذلك بخلاف موارد الإنشاء ؛ على أنّه على فرض الشك في كونه عقد أو غيره ، فالأصل عدم ترتب الأثر بالإيجاب خاصة ، ولا ينافيه إطلاق المسابقة بعد فرض الشك فيها ، وفي الرياء بعد الفراغ من عقديّته قال : «وحينئذٍ الأجود الإستدلال على اعتبار القبول أن يقال إنّ الوجه فيه ظاهر على القول باللزوم ، وكذا على القول بالجواز ، بناء على أنّ لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق على المسبوق لا يتأتّى إلاّ على اعتبار قبوله ، إذ لولاه لأمكنه الإمتناع من بذله بعد العمل ، مدعيا عدم رضاه بالإيجاب ، ولعله خلاف الإجماع ، بل العوض لازم عليه بهذا العمل كالجعالة بلا خلاف ، ولا يتمّ ذلك إلاّ بالإجماع لكن هذا إنما يجري لو كان السابق هو الموجب ، ولو انعكس أمكن عدم الإحتياج إلى القبول كالجعالة ، إلاّ أنّه يمكن التعميم بعدم القول بالفصل فتأمل» .

وفيه ، أولاً : أنّه لا حاجة إلى هذا الإستدلال ، بعد فرض معلومية كونه عقداً ، لما هو معلوم من أنّه المركب من الإيجاب والقبول ، سواء كان جائزاً أو لازماً .

وثانياً : أن المراد اعتبار القبول العقدي ، واللزوم بعد العمل يمكن أن يكون لحصول الرضا ، وإن لم يكن على جهة القبول العقدي كالجعالة :

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

كما أن ما فيه أيضاً – بعد تسليم اللزوم في هذا العقد ، بمعنى عدم جواز الإمتناع من بذل العوض بعد تمام العمل لما في ذلك من الضرر على السابق بتضييع عمله المحترم الّذي لم يقع إلاّ برضاه ، بدفع العوض عنه «من منع اللزوم بمعنى وجوب العمل عليه ابتداء ، وعدم جواز الفسخ قبله أو بعده قبل التمام ، للأصل » ولأنّه إنّما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق ، إذ لا معنى لقوله من سبق فله كذا غير ذلك وهو غير الإلتزام بنفس العمل في العوض في بدو الأمر بل حالها حينئذٍ كالجعالة ، فلكلّ منهما فسخها ابتداء ، أو في الأثناء ، ولكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذي عيّناه –» .

لا يخلو من نظر أيضاً ، ضرورة عدم الدليل على أن كيفية العقد ما ذكره ، بل لعل الظاهر خلافه ، وأن ذلك يذكر بعد إنشائهما الالتزام بالمسابقة والمراماة الّذي مقتضاه وجوب فعل ذلك منهما كما هو مقتضى العقود اللازمة ، وكأنه لا خلاف فيه ، قال الفاضل في القواعد وعلى اللزوم يجب البدء بالعمل ، لا بتسليم السبق ، وفي جامع المقاصد في شرح ذلك : «الظاهر أنّه لا خلاف فيه» .

بل لا يخفى على من تأمل غير ذلك من كلماتهم خصوصاً القواعد والتذكرة وجامع المقاصد أنّه لا إشكال على اللزوم في وجوب العمل ، وعدم جواز الفسخ ، بل يظهر من القواعد وغيرها التوقف في الفسخ على الجواز في بعض الصور ، قال فيها بعد أن استقرب الجواز – فلكل منهما فسخه قبل الشروع ، ويبطل بموت الرامي والفرس ولو مات الفارس فللوارث الإتمام على أشكال ، إلى أن قال : وإن كان بعد الشروع وظهور الفضل ، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة أو يصيب بسهام أكثر ، فللفاضل الفسخ لا المفضول على أشكال ، بل في جامع المقاصد «إن الأصحّ عدم الجواز» وهو مـقرّب الـتذكرة ، لأن ذلك يؤدّي إلى سدّ باب المسابقة ، إذ متى ظهرت امارات الغلبة لأحدهما فسخ الآخر ، وإن كان هو كما ترى بعد استصحاب بقاء الجواز .

نعم ربما كان ذلك مؤيداً للقول باللزوم من الأصل ، ثمّ لا يخفى عليك ما في قوله للوارث الإتمام ، إذ لا ريب في الإنفساخ على اللزوم ، فضلاً عن الجواز ، ضرورة كون المغالبة وقعت بين الشخصين ، لا ورثتهما فهو كالمستأجر المشترط عليه المباشرة .

ودعوى – أن المراد بالمسابقة امتحان الفرس ، لا الفارس ، وبذلك افترق عن المراماة وانفسخت بموت الفرس – واضحة المنع كوضوح فساد أصل الحكم ، خصوصاً بعد ملاحظة قصور الوارث عن ذلك ، لكونه طفلاً أو أنثى أو نحو ذلك ، ودعوى استنابة غيرهم في ذلك كما ترى ، وبذلك كله بأن لك بحمد الله تعالى الحال في جميع أطراف المسألة .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف ولا إشكال في أنّه ﴿ يصحّ أن يكون العوض عيناً أو ديناً ﴾ على حسب غيره من المعاملات لإطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص ما وقع من النبي ﷺ [1] من بذل النخلات والأواقي من الفضّة . نعم ستعرف فيما يأتي أنّه يعتبر في ملكه – العمل على وجه يكون جزء السبب ، فلا يصحّ ضمانه لو كان دينا قبله ولا الرهن عليه – أولا يعتبر ذلك ، وإنّما هو شرط كاشف والسبب العقد ، وإن أطلق في المسالك هنا ضمانة والرهن عليه والأمر سهل .

﴿ وإذا بذل السبق غير المتسابقين صحّ إجماعاً ﴾ من المسلمين – إذا كان الإمام ومطلقاً – من المؤمنين ، خلافاً لبعض العامة فخصّ جوازه بالإمام ، لأنّ له النظر في الجهاد ، وضعفه واضح ، إذ هو ومقدماته مرغب فيه مطلقاً .

﴿ وإذا بذله أحدهما أو هما صحّ عندنا ، ولو لم يدخل بينهما محلّل ﴾ خلافاً لبعض العامة – أيضاً ، فلم يجوّزه من أحدهما خاصة ، معللّا له بأنه قمار ، و هو كالإجتهاد في مقابلة النص الّذي منه الإطلاق والعموم ولابن الجنيد فلم يجوزه منهما من دون دخول محلّل ، لخبر عاميّ لا يصلح لمعارضة إطلاق الأدلة وعمومها .

﴿ ولو بذله الإمام من بيت المال جاز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنّ فيه مصلحة ﴾ للإسلام والمسلمين ، وهي مصرفه ﴿ ولو جعلا السبق للمحلّل بإنفراده ﴾ إذا سبق ﴿ جاز أيضاً ﴾ لإطلاق الأدلة وعمومها ، فلا يستحق أحدهم شيئاً إذا سبق بل يكون السبق لباذله ، لعدم حصول السبق ممن بذل له ، وكذا لو سبق أحدهما و المحلّل إذا كان الشرط سبق المحلّل لها نعم لو كان الشرط سبقه ولو لأحدهما استحق حينئذٍ .

---

(١) الوسائل الباب – ٣ – من أبواب أحكام السبق والرماية .

﴿ وكذا ﴾ يجوز ﴿ لو قيل : من سبق منّا ﴾ أي الثلاثة ﴿ فله السبق ، عملاً باطلاق الإذن في الرّهان ﴾ المقتضية جواز ذلك وغيره ، ويرجع في معناه إلى العرف كما تسمع في نظائره .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تفتقر المسابقة إلى شروط خمسة : الأوّل تقدير المسافة ابتداء وانتهاء ﴾ للغرر ، ولأنّه مع عدم تعيين الغاية قد يديمان السير فتهلك الدابة ولأن من الخيل ما يقوي سيره في ابتداء المسافة ، ثمّ يأخذ بالضعف ، وهو عتاق الخيل ومنها بالعكس ، وهو هجانها ، وصاحب الأوّل يريد قصر المسافة والآخر يريد طولها ، فيؤدّي عدم التعيين حينئذٍ إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادة حسمه ، فعلى هذا لا يجوز استباقهما ، بل ويدون غاية لمعرفة أيّهما يقف .

﴿ والثاني : تقدير الخطر ﴾ بعد معرفة جنسه ، للغرر في المجهول و إثارة النزاع . نعم قد يجيء على القول بأنّها جعالة جواز جهالته في بعض الوجوه ، كما أنّه لا إشكال في اعتبار معلوميته بناء على أنها إجارة ، وإن كان التحقيق خلافهما ، وأنّها عقد مستقل يشارك كلا منهما في بعض الأمور ، وينفرد عنهما بأمور أُخر .

و ﴿ الثالث : تعيين ما يسابق عليه ﴾ بالمشاهدة ، لأن المقصود امتحان الفرس وذلك يقتضي تعيينه ، بل لا يكفي الوصف حينئذٍ ، وإن كفى في السلم الّذي يراد به الكلّي لا الشخصي .

و ﴿ الرابع : تساوي ما به السباق في ﴾ أصل ﴿ احتمال السبق ﴾ وإن رجح في أحدهما ﴿ فلو كان أحدهما ضعيفا تيقن قصوره عن الآخر لم يجز ﴾ لعدم الإستعلام فيه حينئذٍ .

لكن لا يخفى عليك المناقشة في دليل كثير منها ، أو جميعها كما تسمعه في الشرائط الآتية ، اللّهمّ إلاّ أن يكون إجماعاً كما عساه يظهر من نفي الخلاف من بعضهم ، وإن كان هو كما ترى .

﴿ الخامس : أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلّل فلو جعل لغيرهما لم يجز ﴾ بلا خلاف للأصل بعد الشك في تناول إطلاق الأدلة له ولما قيل : من أنّه مفوت للغرض من عقد المسابقة وهو التحريص في طلب الغلبة وبذل الجهد في الفروسية ونحوها ، وإن كان لا يخلو من مناقشة .

نعم لو جعل للمسبوق فات الغرض ، بسبب اقتضاء ذلك حرص كلّ واحد منهما على كونه مسبوقاً ، فيفوت الغرض .

بل في المسالك «وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق ، ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة إلى الزيادة ، كما يجوز جعلها خاصة عوضاً» .

ولكن قد يناقش بالشك في تناول إطلاق الأدلة له إن لم يكن ظاهرها خلافه ، و الأصل الفساد .

وزاد في محكي التذكرة سادساً : وهو تساوي الدابتين جنساً ، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال مثلاً لأنّه مناف للغرض من استعلام قوّة الفرس بالسباق مع جنسها ومرجعه إلى الأصل السابق بعد فرض الشك في تناول الإطلاق له ، بل يمكن استفادته أيضاً من المتن .

نعم يمكن منع الشك المزبور مع حصول احتمال سبق كلّ منهما ، أما لو تساويا جنساً لا صنفا كالعربي والبرذون والبختي والعربي ، فالأقوى الجواز مع فرض تحقق الإحتمال المزبور ، لتناول الإطلاق .

وسابعاً : وهو إرسال الدابتين دفعة ، لمنافاة الغرض مع عدمه إذ ربما كان السبق مستندا إلى إرسال أحدهما أوّلاً .

وفيه : أنّه يتبع الشرط ولذا لا يشترط التساوي في الموقف ، كما ستعرف ، نعم يعتبر معرفة مقدار ذلك مع فرض الإشتراط تخلصا عن الجهالة المفضية إلى التنازع مع احتمال الإكتفاء في تحقق السبق من أحدهما .

وثامناً : وهو أن يستبقا على الدابتين في الركوب ، فلو عقدا على إرسال الدواب بنفسها كان باطلاً .

وفيه : أنّه خروج عن موضوع السبق لا أنّه من شروطه .

وتاسعاً : وهو أن يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها ، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلاّ بإنقطاع أو تعب شديد بطل العقد

وعاشراً : وهو أن يكون مورد العقد ممّن يستعد للقتال فلا يجوز السبق والرمي للنساء لأنهن لسن من أهل الحرب .

وفيه : منع ، خصوصاً في مثل الصبيان بعد العقد من أوليائهم .

والحادي عشر : العقد المشتمل على أركانه المعتبرة فيه ، وفيه أنّ نحو ذلك ليس من الشرايط ، على أن الظاهر الإكتفاء فيه بالمعاطاة ، وقد تقدم في كلام المصنف ما يدلّ عليه .

والثاني عشر : عدم تضمن العقد شرطا فاسداً ، فلو قال : إن سبقتني فلك هذه العشرة ، ولا أرمي بعد هذا أبداً ، أولا أناضلك إلى شهر بطل ، لأنّه شرط ترك قربة مرغب فيها ، ففسد وأفسد .

وفيه أولاً : أنّه ليس من الشرايط .

وثانياً : منع عدم صحته وبذلك كلّه ظهر لك الحال في أكثر هذه الشرايط ، وأنّه لا دليل عليها بالخصوص ، وكأنّ كثيراً منها موافق لمذاق العامة ، والتحقيق ما عرفت من صحّة ما يفهم من الأدلّة منها ، وما يشك في شرعية العقد الفاقد لها منها ، لأنهّ الأصل الفساد ، وإلاّ فإطلاق الأدلة ينفيه ، هذا .

وفي القواعد وليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرسا آخر يحرصه على العَدْو ، ولا يصيح به في وقت سباقه ولعلّه للنبويّ المرسل [1] «لا جَلب ولا جنب» لكن عن نهاية ابن الأثير الجلب هو أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ، ويجلب عليه ويصيح حثّاً له على الجري ، و الجنب بالتحريك أن يجنب فرساً إلى فرسه الّذي يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحوّل إلى المجنوب فنهوا عنها ، وهو غير ما في القواعد ، بل قد يتوقّف في أصل الحكم ، لعدم ثبوت دليله ، بل لعل اطلاق الدليل يقتضي خلافه ، خصوصاً مع التصريح باشتراط نحو ذلك منها والله العالم .

---

(١) جامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ٢٠٢ .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ ـهل يشترط التساوي في الموقف ؟ قيل : نعم ﴾ لفوات الغرض الّذي هو معرفته الفرس والفارس ﴿ والأظهر ﴾ أنّه ﴿ لا ﴾ يشترط بعد فرض احتمال السبق ، ﴿ لأنّه مبني على التراضي ﴾ فيشمله اطلاق الأدلة(١) و «المؤمنون عند شروطهم» وإلى هذا يرجع الشرط السابع كما أومأنا إليه سابقاً ، هذا كله في السبق .

﴿ وأما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمور ستّة ﴾ والبحث فيها نحو ما عرفته في السبق

الأول : ﴿ الرشق ﴾ بكسر الراءِ الّذي قد عرفت أنّه عدد الرمي ، إذ لو لم يعين أمكن أن يطلب المسبوق تعدد الرمي حتَى تحصل الإصابة ، ويمتنع الآخر ، فيفضي إلى التنازع المعلوم من حكمة الشارع خلافه .

ولكن قد تقدم لنا في المبادرة ما يستفاد منه عدم اشتراط ذلك ، مع فرض كون الشرط الإصابة مع التساوي في الرمي ، فمع فرض حصولها من أحدهما في المرّتين أو الثلاث فهو ناضل للآخر .

﴿ و ﴾ الثاني : ﴿ عدد الإصابة ﴾ كخمس من عشرين رمية ، لأنّ الإستحقاق ، وبيان حذق الرامي بها ، فلو عقدا على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة من غير بيان العدد لم يصحّ ، كما لو جعل السبق على الخيل ، لا إلى غاية ، وظاهر المسالك الإجماع عليه ، فإن تم كان هو الحجّة ، وإلاّ فإطلاق الأدلّة يقتضي الجواز مع فرض ضبط عدد الرمي ، بل لعلّ ذلك قسم من المحاطّة ، قيل : وأكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابة ما نقص عن عدد الرمي المشروط بشيء وإن قلّ ، ليكون تلافياً للخطأ الّذي يتعذر أن يسلم منه المتناضلون ، وأحذق رماة من أصاب تسعة من عشرة ، فلو شرطاها كذلك جاز ، لبقاء سهم الخطأ ، وربما قيل : بعدمه لندوره ، وأقل ما يشترط من الإصابة ما يحصل به التفاضل ، وهو ما زاد على الواحد .

وفيه : أن الإطلاق يقتضي جواز اشتراطها في جميع العدد المشروط أيضاً .

﴿ و ﴾ الثالث : ﴿ صفتها ﴾ من خزق أو خرق وغيرهما من الصفات للغرر مع عدمه .

---

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٣ .

وفيه : أنّ الإطلاق يقتضي جواز اشتراط مطلق الإصابة الّتي هي قدر مشترك بين الجميع .

﴿ و ﴾ الرابع معرفة ﴿ قدر المسافة ﴾ الّتي يرميان منها بالمشاهدة ؛ أو ذكر المساحة ، إلاّ أن يكون عادة ينصرف إليها الإطلاق فتكفي حينئذٍ عن ذلك .

نعم يعتبر فيها احتمال الإصابة ولو نادراً على الأقوى ، فلو عيّنا مسافة يعلم عدم اصابتهما أو أحدهما فيها لم يصحّ .

﴿ و ﴾ الخامس : ﴿ الغرض ﴾ الّذي هو المقصود بالإصابة ، فلا بدّ من العلم بموضعه من الهدف ارتفاعاً ، وانخفاضاً ، وقدره بالنسبة إلى الضيق والسعة ، ولعلّ مشاهدته تكفي عن ذلك .

﴿ و ﴾ السادس : ﴿ السبق ﴾ حذراً من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادة رفعه ، لا ثبوته ، لكن الظاهر عدم اعتباره في الصحة .

نعم حيث يشترط يجب معرفته بما يرتفع معه النزاع ولا دليل على اعتبار أزيد من ذلك .

﴿ و ﴾ كذا يفتقر الرمي إلى العلم بـ ﴿ تماثل جنس الآلة ﴾ من كون القوس مثلا عربياً أو فارسياً ، لاختلاف الرمي باختلاف ذلك ، فهو حينئذٍ بمنزلة تماثل حيوان السبق ، وإنما فصله عن الشرايط السابقة ، لأنّه إنّما يفتقر إليه في العقد لا ممّا يجب أن يعلم بخلافها ، لكن قد عرفت فيما مضى عدم الدليل على اشتراط نحو ذلك ، مع احتمال الإصابة ، بل إطلاق الأدلّة يقتضي خلافه ، ولذلك قيل هنا لا يشترط التعيين ، و لا يضر اختلاف النوع ، ويجوز إطلاق العقد ، مجرداً عنه ، وإنّما يتم مع اشتراطه .

ثمّ إن كان هناك عرف تعيّن حمل الإطلاق عليه ، وإلاّ كان لهما الخيار فيما يتفقان عليه ، وفي المسالك «هذا هو الأقوى» وحيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشترط ، لعموم «المؤمنون» إلاّ برضا صاحبه فيجوز حينئذٍ ، لأن له إسقاط حقه .

﴿ وفي اشتراط ﴾ تعيين أحد القسمين أي ﴿ المبادرة والمحاطّة ﴾ في عقد الرماية ﴿ تردّد ﴾ بل وخلاف ولكن ﴿ الظاهر أنّه لا يشترط ﴾ لانصراف اطلاق

العقد إلى المحاطّة على الأشهر ، كما قيل : إذ اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد ، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّه ، ليكون الإصابة المعينة منه ، فإنّهما إذا عقدا على أنّ من أصاب خمسة من عشرين كان له كذا ، فمقتضاه رمى كلّ منهما العشرين ، وإلاّ لم يتحقق كون الخمسة الّتي حصلت الإصابة بها من العشرين ، وذلك هو معنى المحاطّة إذ المراد بها خُلوّ إصابة الخمسة من رمى العشرين لواحد ، ولأنّها أجود فائدة في الرمى باعتبار إكمال العدد غالباً .

وقيل : يحمل على المبادرة لأنّها الغالب في المناضلة ولأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عددا معيناً استحقاقه إيّاه متى ثبت له ذلك الوصف .

وعلى كلّ حال لا وجه للإشتراط بعد فرض الإنـصراف المزبور ، نعم لو فرض عدم انصراف الإطلاق اتّجه الإشتراط حينئذٍ للغرر ، وتفاوت الأغراض والرماة فإن منهم من يكثر الإبتداء ويقل في الإنتهاء ، وبالعكس وعن الفاضل في التذكرة اختياره واستجوده في المسالك ، والأقوى الأوّل .

﴿ وكذا لا يشترط تعيين ﴾ شخص ﴿ القوس والسهم ﴾ لإطلاق الأدلّة بل قيل : لو عينه لم يتعين ، وعن التذكرة بل يفسد العقد بذلك ، كما في كلّ شرط فاسد ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة عدم كونه من الشرط المخالف ، فالأقوى لزومه مع الإشتراط ، وإن كان اشتراطه غير معتبر في صحّة العقد ، لعموم «المؤمنون» ولا مكان تعلق الغرض بذلك ، وعدم اعتباره في الصحة لا يقتضي فساده كما هو واضح .

الفصل ﴿ الخامس : في أحكام النضال ﴾

الشامل للسبق على ما عرفته سابقاً ﴿ وفيه مسائل : الأولى : إذا قال أجنبيٌّ لخمسة ﴾ مثلاً ﴿ من سبق فله خمسة فتساووا في بلوغ الغاية ، فلا شيء لأحدهم ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنّه لا سبق ﴾ لأحدهم كما لا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال في أنّه ﴿ لو سبق أحدهم كانت الخمسة له ﴾ لتحقق الوصف فيه دون غيره ، ﴿ و ﴾

أما . ﴿ إن سبق اثنان منهم ﴾ ففي المتن وعن جماعة ﴿ كانت ﴾ الخمسة ﴿ لهما ﴾ بالنصف ﴿ دون الباقين وكذا لو سبق ثلاثة أو أربعة ﴾ بالثلث أو الربع موزّعة على الرءوس ، لظهور كون المراد بذل الخمسة لا غير لمن حصل له الوصف المزبور متحدا أو متعدداً ، خصوصا مع تشخُّصها ، بل مع فرض منع الظهور بلا إشكال في الإحتمال والأصل براءة الذمة من وجوب دفع الزايد ، فيقتسمها السابقون .

وقيل : يستحق كلّ واحد منهم خمسة ، واختاره في جامع المقاصد ، وتبعه في المسالك ، لأنَّ (مَن) للعموم الذي هو بمعنى كلّ فرد ، بل الحكم في جميع القضايا الكلية كذلك ، على أن لفظ (مَن) مفرد ، بدليل عود الضمير إليها كذلك فهي بمعنى أيّ فرد ، ولأنَّ العوض في مقابل السبق وقد وقع من كل واحد ، فيستحق كلّ منهم كمال العوض وقد صرح المصنف والفاضل في كتاب الجعالة باستحقاق كل واحد الدراهم في نحو قوله من دخل داري فله درهم فدخلها جماعة لأن كلّ واحد منهم قد دخل دخولاً كاملاً ، ولا يقدح في ذلك عدم معرفة العوض حينئذٍ لعدم معرفة السابقين ، لأنَّ المعتبر العلم بأصل القدر في الجملة ولذا جاز من سبق فله كذا ، ومن صلّى فله كذا .

وقد يناقش بأنَّ مقتضى عموم الأفراد الّذي هو بمعنى ، لكلّ واحد سابق ، عدم استحقاق واحد منهم شيئاً مع التعدد ، ضرورة عدم صدق الواحد السابق على الجميع عليه ، وقد اتفق القولان على عدمه ، فليس المراد حينئذٍ إلاّ العموم في (مَن) باعتبار الصلة الّذي هو بمعنى كل سابق ، الشامل للمتّحد والمتعدّد ، إما لدعوى ظهوره في ذلك ، أو لأنّه كذلك بعد انتفاء الأوّل ، وهذا لا يتمّ إلاّ بملاحظة كون السابق المجموع ضرورة كونه هو الّذي تحقق فيه السبق المطلق بخلاف كلّ فرد ، فإنما المتحقّق فيه مطلق السبق الشامل للإضافي الّذي تحقق صدق السبق معه ليس بأولى من صدق عدمه ، بخلاف المجموع ، فإنّه يصدق اسم السبق المطلق عليه ، ولا يصح عدم صدق السبق عليه ، وبذلك افترق ما نحن فيه عن نحو من دخل داري ، وكان نحو من ردَّ عبدي وقد اشترك في ردّه جماعة ، وصح كلام الشيخ والمصنّف والفاضل فتأمل جيّدا فإنّه دقيق نافع .

﴿ و ﴾ منه يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف فيما ﴿ لو قال : من سبق فله درهمان ومن صلّى فله درهم ﴾ حيث قال : ﴿ فلو سبق واحد أو اثنان ، أو أربعة فلهم الدرهمان ولو سبق واحد ، وصلّى ثلاثة وتأخّر واحد كان للسابق درهمان ، وللثلاثة درهم ، ولا شيء للمتأخر ﴾ ولو سبق ثلاثة مثلا وصلّى واحد وتأخر واحد كان الدرهمان للثلاثة وللمصلي درهم ، ولا شيء للمتأخر ، إذ ذاك كلّه مبني على ما عرفت ، وحينئذٍ يكون للمصلّي أكثر من السابق في الفرض الأخير .

ومن هنا قال في المسالك تبعا لجامع المقاصد : «هو خلاف الأمر المعتبر في العقد ، فإنّه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد ممّا يجعل للمصلّي ، فلو ساوى بينهما لم يصح ، فما زاد أولى» ومن ثم احتمل البطلان هنا لفوات الغرض ثم قال : وردّ بأن استحقاق الزيادة باعتبار التفرد بالوصف ، لا باعتبار جعل الفاضل للمتأخّر ، وفيه نظر لمنافاة الغرض المقصود على التقديرين وعلى ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعيّن حينئذٍ يرتفع الإشكال ، لأنّه لا يتحقق معه مساواة المصلّي للسابق فضلاً عن رجحانه عليه» .

قلت : قد عرفت سابقاً ما في أصل اشتراط زيادة السابق ، على أنّه بناء على ما ذكرنا لا إشكال أيضاً ، إذ هو المجموع لا كل واحد فهو أكثر من المصلي .

المسألة : ﴿ الثانية : لو كانا ﴾ لمتراهنان ﴿ اثنين ﴾ مثلاً ﴿ وأخرج كل واحد منهما سبقا وأدخلا محلّلاً ، وقالا : أيّ الثلاثة سبق فله السبقان ، فإن سبق أحد المستبقين كان السبقان له ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ على ما اخترناه ﴾ من جواز جميع صور بذل السبق .

﴿ وكذا لو سبق المحلّل ﴾ لحصول الوصف فيه ﴿ ولو سبق المستبقان كان لكلّ واحد منهما مال نفسه ، ولا شيء للمحلّل ﴾ لكن قد يشكل بأنّه بناء على ما ذكرناه سابقاً يشتركان في المالين ، لا أنّه يكون لكلّ واحد منهما مال نفسه ، وقد يدفع بأن المعهود من عوض السبق إذا كان من المتسابقين أن يبذله المسبوق إذا سبق ولم يسبق في الفرض أحدهما ، فلا وجه لأخذ العوض منه مع كونه سابقاً .

﴿ و ﴾ كذا الحال فيما ﴿ لو سبق أحدهما والمحلّل ، كان للسابق مال نفسه ﴾ لأنّه لم يسبقه أحد ، ﴿ ونصف مال المسبوق ، ونصفه الآخر للمحلّل ﴾ لاشتراكهما في صفة السبق له ، لكن قد يشكل بعدم تناول مفروض العبارة لسبق ما زاد على الواحد ، فيتّجه حينئذٍ عدم استحقاق شيء للمركب ، اللّهمّ إلاّ أن يقال : بصدق سبق الواحد منهم ولو شاركه غيره ، أو يقال : إن المراد أيّ الثلاثة ولو المركب فتأمل .

﴿ ولو سبق أحدهما وصلى المحلل كان الكلّ للسابق عملاً بالشرط ﴾ خلافاً لما عن بعض العامة من كون مال المسبوق الآخر للمحلل الّذي هو سابق عليه وإنّما يحرز السابق مال نفسه ، وهو غلط واضح .

﴿ وكذا لو سبق أحد المستبقين ، وتأخر الآخر والمحلل ، وكذا لو سبق أحدهما وصلّى الآخر وتأخر المحلل ﴾ خلافاً لما عن ذلك البعض من العامة فللسابق سبق نفسه ، وللمسبوق الثاني سبق نفسه أيضاً ، لأنه سابق المحلل ولا شيء للمحلل ، ولو تساووا جميعاً في الوصول إلى الغاية أحرز كلّ منهما مال نفسه ولا شيء للمحلل ، وذلك كلّه واضح .

المسألة ﴿ الثالثة : إذا شرطا المبادرة ، والرشق عشرين ، والإصابة خمسة ﴾ مثلا ﴿ فرمى كلّ واحد منهما عشرة ، فأصاب ﴾ كلّ واحد ﴿ خمسة ، فقد تساويا في الإصابة والرمي فلا يجب إكمال الرشق ، لأنّه يخرج عن المبادرة ﴾ الّتي قد عرفت أنّها اشتراط العوض ، لمن بدر إلى إصابة عدد معين ، من مقدار رشق معين ، مع تساويهما فيه ، أو أعم من ذلك ، وحينئذٍ فإذا رميا رشقاً وتساويا في إصابته لم يتحقّق السبق ، ولو وجب الإكمال لرجاء السبق في الباقي ، خرج عن موضوع المبادرة إلى المحاطّة ، وهو خلاف المفروض .

﴿ و ﴾ كذا لا يجب الإكمال فيما ﴿ لو رمى كلّ واحد منهما عشرة ، فأصاب أحدهما خمسة ، والآخر أربعة ، فقد نضله صاحب الخمسة و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو سأل ﴾ صاحب الأربعة ﴿ اكمال الرشق لم يجب ﴾ لحصول المبادرة ، وإلاّ خرج عن موضوعها .

﴿ أما لو شرطا المحاطّة ، فرمى كل واحد منهما عشرة ، وأصاب خمسة ، تحاطّا خمسة بخمسة ، وأكملا الرشق ﴾ رجاء لحصول السبق ، لأن مقتضى المحاطة ذلك على ما عرفت من تعريفها .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو أصاب أحدهما من العشرة تسعة وأصاب الآخر خمسة تحاطّا خمسة بخمسة ، وأكملا الرشق ﴾ رجاء لحصول السبق فيما بقي ﴿ ولو تحاطّا ، فبادر أحدهما إلى إكمال العدد ﴾ الذي اشترط الإصابة فيه ﴿ فإن كان مع انتهاء الرشق ﴾ منهما ﴿ فقد نضل صاحبه ﴾ لحصول الفراغ من العقد ﴿ وإن كان قبل انتهائه ، فأراد صاحب الأقلّ إكمال الرشق نظر ، فإن كان له في ذلك فائدة ، مثل أن يرجو أن يرجح عليه ﴾ كما لو رمى كلّ منهما عشرة ، فأصابها أحدهما وأصاب الآخر منها خمسة فإنّ صاحب الأقل يرجو إصابة العشرة أجمع ، وخطأ صاحبه له ، فينضله حينئذٍ ويكون الخطر له ، لأنّه بعد التحاطّ يحصل له إصابة الخمسة المفروض اشتراطها في عدد العشرين ﴿ أو يساويه ﴾ كما لو فرض في المثال خطأ أحدهما للعشرة ، فإنّه يرجو بالإكمال إصابة العشرة الباقية ، وخطأ الآخر له ، فيساويه ويتحاطان ولا يستحق أحدهما على الآخر شيئاً ﴿ أو يمنعه أن ينفرد بالإصابة ، بأن يقصر بعد المحاطة عن عدد الإصابة ﴾ كما لو فرض إصابة الإثنين من العشرة التي أصابها أجمع صاحبه ، فيرجو بالإكمال إصابة العشرة الباقية له ، وخطأ الآخر فيتحاطان عشرة بعشرة ويبقى اثنان له ولا يستحق أحدهما على الآخر شيئاً فمتى كان كذلك ﴿ أجبر صاحب الأكثر ﴾ على الإكمال ﴿ وإن لم يكن له فائدة ﴾ لأنّه مغلوب على كلّ حال ﴿ لم يجبر ﴾ صاحب الأكثر على الإكمال ﴿ كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها ورمى الآخر فأصاب منها خمسة ، فيتحاطان خمسة بخمسة ﴾ ويبقى لأحدهما عشرة ﴿ فإذا أكملا فأبلغ ما ﴾ يفرض أنّه ﴿ يصيب ﴾ ـها ﴿ صاحب الخمسة ما تخلف وهي خمسة ويخطئها صاحب الأكثر ، فيجتمع لصاحبه الخمسة ﴾ حينئذٍ ﴿ عشرة فيتحاطّان عشرة بعشرة ، ويفضل لصاحب الأكثر خمسة فلا تظهر للإكمال فائدة ﴾ وهو واضح كوضوح ما يتصوّر هنا من نحو ذلك .

المسألة ﴿ الرابعة : إذا تمَّ النضال ملك الناضل العوض ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لأنّه مقتضى العقد المحكوم بصحّته شرعاً ، بل لا يبعد دعوى الكشف هنا ، لما عرفته غير مرّة في نظائره ، وإن كان هو خلاف ظاهر المتن وغيره ، إلاّ أن سببية العقد المعلومة من النص والفتوى تقتضي بما ذكرناه ، بل لعل التدبر في عبارة المسالك يقضي بذلك قال «وكأنّ السرَّ في تعليق الملك على تمامية النضال أنّ العقد وإن كان لازماً ، إلاّ أن الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه ، لاحتمال السبق من كلّ منهما وعدمه ، فإذا تحقق السبق على وجه من الوجوه فقد تم النضال ، سواء أكمل الرشق أم لا ، وتحقق الملك للسابق وقبل ذلك لا يحصل بخلاف الإجارة» .

وهو ظاهر فيما قلناه ، يتوجّه صحّة ضمانه ، وصحّة الرهن عليه كما صرّح به في القواعد ، وإن قلنا بجواز العقد ، وإلاّ أشكل ذلك ، ضرورة أنّه بناء على اعتبار العمل في ثبوته ، يكون ضمانه من ضمان مالم يجب ، وإن قلنا بلزومه ، إذ هو لا يجدي محلّه ، لما عرفت في محلّه أنّ التحقيق كون المدار الثبوت في الذمة سواء كان بعقد جائز أو لازم .

إنّما الكلام في توقف ثبوته في الذمة على العمل ، ولا ريب في أنّه عليه يتوجّه ما عن التذكرة من حكايته الإشكال فيه عن بعض الفقهاء .

بل في جامع المقاصد أنّ هذا الإشكال واضح بيّن ، ولا مدفع له إلاّ ما ذكرناه ، ولا يقدح فيه عدم حصول وصف السبق حال العقد ، إذ لا مانع من اقتضائه الملك حاله لمن يتصف بالسبق بعده ، بناء على أن السبق شرط كاشف .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ له التصرف فيه ﴾ بعد تمامية النضال ﴿ كيف شاء وله أن يختصّ به وله أن يطعمه أصحابه ﴾ لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم [1]» وغيره ﴿ ولو شرط في العقد اطعامه لحزبه لم أستبعد صحّته ﴾ لعموم[2] «أوفوا» و «المؤمنون»[3] خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه من البطلان للشرط والعقد ، لأنّ عوض العمل يجب أن يكون للعامل ، كالاجارة ، فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه .

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .
(٢) سورة المائدة الآية ١ .
(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث-٢ .

وردّده في المسالك بأن إلحاقه بالإجارة قياس مع الفارق ، لما عرفت أنّه ليس على نهجها مطلقاً ، بل ولا على نهج المعارضات لصحة البذل فيه من الأجنبي الّذي لم يصل إليه شيء من العوض الآخر ، فإذا دلّ على صحته دليل عام كما ذكرنا لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه ، ونحوه في جامع المقاصد .

قلت : إن كان المراد بالشرط التزام صرف ما هو ملكه بالعقد في مصرف خاص فلا يقدح في الإجارة فضلاً عن غيرها ، وإن كان المراد اشتراط ذلك على وجه يكون المستحق بالعقد غير المتسابقين ، فقد تقدم سابقا اعترافه بأنّ من شرايط صحّة العقد كون العوض ولو من أجنبي لأحد المتسابقين ، وأنّه لا يجوز لأجنبي ، ويمكن أن يكون المراد اشتراط اطعامه لحزب المسبوق منهما فيما إذا كان عقد المراماة بين حزبين ، كما تسمعه في المسألة السابعة ، ووجه البطلان حينئذٍ أنّه رجوع إلى اشتراطه للمسبوق وقد عرفت جوازه ، والصحّة للعمومات ، وكون الحزب غير المسبوق .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا فسد عقد السبق ﴾ بسبب كون العوض خمراً مثلاً أو مجهولاً أو بنحو ذلك ممّا هو من شرايط صحة العقد ﴿ لم يجب بالعمل أجرة المثل ﴾ وفاقاً للمحكي عن الشيخ ﴿ ويسقط المسمّى لا إلى بدل ﴾ لظهور فساد العقد الذي تضمّنه ، لأنّه لم يعمل له شيئاً ، ولا استوفى منفعة عمله ، إذ نفع سبقه راجع إليه بخلاف الإجارة والجعالة الفاسدتين ، الراجع نفع العمل فيهما إلى المستأجرة والجاعل .

ولكن في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة أنّ له أجرة المثل ، بل يجب أجرة مثل عمله ، وهو مجموع ركضة لا قدر ما سبق به ، لأنّه سبق بمجموع عمله ، لا بذلك القدر لقاعدة «ما يضمن بصحيحه» ولا ينافيه عدم حصول النفع له ، فإنّ القراض الفاسد يجب فيه أجرة المثل ، وإن لم يحصل نفع بالعمل للمالك .

وأشكله في المسالك بأنّ الإلتزام لم يقع إلاّ على تقدير العقد الصحيح والأصل براءة الذمة من وجوب غير ما وقع عليه العقد ، والفرق بينه وبين ما تجب به أجرة المثل من العقود واضح ، لا من جهة ما ذكروه من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأجرة حتّى يرد عليه مثل العمل الّذي لا يعود عليه نفع في القراض ، بل لأن تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له

أُجرة في العادة ، فإذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص ، بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأُجرة المثل ، بخلاف هذا العقد ، فإنّه لا يقتضي أمرا بالفعل ، فإن قوله سابقتك على معنى أنّ من سبق منّا فله كذا ، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المراد ليس فيها أمر ، ولا ما يقتضيه بفعل له أُجرة ، و الأصل براءة الذمّة من وجوب غير ما في العقد ، وقاعدة «ما يضمن» لا دليل عليها كليّة ، بل النزاع واقع في مواردها ، فكلّ ما لا إجماع ولا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيءٍ فيه ، فالأصل يخالف مقتضى القاعدة ، نعم لو اتفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الأمر بالفعل وجوّزناه اتّجه وجوب أجرة المثل ، إلاّ أنّ هذا خارج عن وضع الصيغة المعهودة وإنّما يتمّ حيث لا نخصّه بعبارة ، بل كلّ لفظ يدلّ عليه كالجعالة .

وهو من غرائب الكلام ضرورة أنّه لا مدخليّة للفظ الأمر المقصود به انشاء العقد في وجوب أُجرة المثل ، بعد فرض فساد العقد ، وإنّما المقتضى لها عدم كون العمل متبرعا به ، والأصل ضمانه ، لأن عمله كما له ، وهو في الجميع حاصل ، وإن فرض عدم اعتبار وصول النفع إليه ، على أنّه لا فرق عند التأمل في أصل الضمان بين ذلك ، وبين ما ذكره المصنّف ﴿ و ﴾ غيره ، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه ، من أنّه ﴿ لو كان السبق مستحقاً وجب على الباذل مثله أو قيمته ﴾ ضرورة اشتراك الجميع في فساد العقد من الأصل ، وكون الأخير صالحاً للصحّة لو أجاز المالك لا يقتضي فرقاً في الحكم المزبور .

ومنه يظهر أن المتّجه فيه أيضاً وجوب أُجرة المثل لما عرفت ، دون مثل المسّمى أو قيمته ، لعدم وجوب المسمّى حتّى يتّجه ضمانه بذلك ، لأن الفرض الفساد من الأصل ، والقرب من المسمّى الثابت لا يقتضي ضمانه ، بعد فوات ما يقتضي لزوم المسمى ، كما أن ثبوت نظيره في الصداق على فرض تسليمه لا يقتضي الثبوت هنا بعد حرمة القياس ، و قد اعترف بجملة من ذلك كلّه في جامع المقاصد والمسالك .

المسألة ﴿ السادسة : إذا فضل أحدهما الآخر في الإصابة ، فقال له : اطرح الفضل بكذا ، قيل : لا يجوز ، لأنّ المقصود بالنضال إبانة حذق الرامي وظهور اجتهاده بحصول الغلبة له ، فلو طرح الفضل بعوض أو بغير عوض كان تركاً للمقصود بالنضال فتبطل المعاوضة ويرد ما

أخذ ﴿ه﴾ منه لذلك ، بل في المسالك بعد أن حكاه عن المشهور لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً ، إلاّ أنّه قد يشعر من نسبة المصنّف له إلى القيل بتمريضه ووجهه في المسالك بأنّه جعل على عمل محلل ، ومنع كون المقصود بالنضال منحصراً فيما ذكر ، لجواز أن يقصد به كسب المال ، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدّماته ، مضافاً إلى أصالة الصحّة وعموم الأمر بالوفاء ، والكون مع الشرط ، ومنافاته للشرع غير متحقّقة .

وفي الرياض «أنّه أوجه من الأوّل ، إن لم يكن الإجماع على خلافه انعقد» وفيه ما لا يخفى ، إن أُريد إدراجه في الجعالة ، إذ لا عمل يستحقّ عليه ذلك ، بل وفي الصلح لعدم ثبوت حق له بذلك على وجه يصحّ بذل العوض عنه ، وكذا إن أُريد أنها معاوضة برأسها كما هو ظاهر المتن ، بل لعلّ ذلك هو مفروض البحث ، لا جواز ذلك صلحا أو غيره .

وفيه : أنّه لا دليل على مشروعيّته ، وعموم «أوفوا» إنّما هو للعقود المتعارفة ، لا نحو ذلك ، خصوصاً بعد ما عرفت من شهرة عدم مشروعيّتها ، وأنّه لم يذكر فيه خلاف من غير فرق بين كون المراد من ذلك اتمام النضال بعد رفع اليد من الفضل ، أو رفع اليد عنه رأساً ، بل الثاني أولى بالعدم لأنّه من العقود اللازمة .

نعم يشرع فيه التقايل وهو غير المفروض هنا الّذي هو طرح الفاضل بالعوض ، كما هو واضح .

المسألة السابعة : يجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين ، لإطلاق الأدلّة والمرسل عن النبي ﷺ أنه مرَّ بحزبين من الأنصار يتناضلون ، فقال : أنا مع الحزب الّذي فيه ابن الأردع ، والمراد من تناضل الحزبين إيقاع العقد بين الجماعتين ولو بوكالة كلّ جماعة واحداً منها ، ويكون كلّ حزب فيما يتفق لهم من الإصابة والخطأ كالشخص الواحد .

وفي اشتراط تساوي عددهم وجهان ، بل قولان : أقواهما العدم ، لإطلاق الأدلة ، فيرامي واحد مثلاً ثلاثة ، بمعنى أنّه يرمي ثلاثة ، وكلّ واحد منهم مرّة ، وهل يعتبر تعيين كلّ واحد منهما في مقابلة من يرمي معه أو يكفي نصب رئيس لهما يكون الإختيار له في تعيين

ذلك ؟ ولا ريب في أنّ الأولى الأوّل ، وإن كان يقوي جواز ذلك أيضاً إذا فرض تراضيهم في العقد على ذلك ، ولا يعتبر في العاقد عن الحزبين أن يكون مطاعاً فيما بينهم ، مقدّماً عليهم في الرمي ، وإن اعتبر ذلك بعض ، ولـكـن لا دليل معتبر عليه ، ولو شرط السبق من الرئيس خاصة أو من أجنبي أو من أحد الحزبين أو منهما جاز .

نعم يسقط على الحزبين بالسوية غرماً وأخذاً ، إذا لم يشترط التفاوت ، واحتمال التوزيع على قدر الخطأ والإصابة لا دليل عليه ، ويشترط قسمة الرشق بين الحزبين بغير كسر ، فيجب عدد له ثلث إذا كانوا ثلاثة ، وربع إذا كانوا أربعة ، وهكذا ، ولو كان في أحد الحزبين من لم يحسن الرمي بطل العقد فيه ، وفي مقاباة ، وحينئذٍ ، يتخير كلّ من الحزبين في فسخ العقد ، لكونه حينئذٍ كتبعّض الصفقة ، وكيفيّة الغلبة بين الحزبين على حسبما يشترطونه ويتفقون عليها بينهم ، والله العالم والحمد لله ربّ العالمين أوّلاً وآخراً و ظاهراً وباطناً والشكر له على الإكمال .

﴿ كتاب الوصايا ﴾

جمع وصيّة من أوصى يوصى ، أو وصّى يوصّى ، قال في الصحّاح : «أوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيّك ، والإسم معاً الوصاية بالكسر والفتح ، وأوصيته ووصّيته أيضاً توصية بمعنى ، والإسم الوصاة ، إلى أن قال ووصيّت الشيء بكذا إذا وصلته به ، وذكر غير واحد من الأصحاب أن الوصيّة منقولة من وصى يصي بالمعنى الأخير ، لما فيها من وصل القربات الواقعة بعد الموت بالقربات في حال الحياة أو بالعكس أو وصل التصرّف حال الحيوة به بعد الوفاة ، لكن ذلك كلّه كما ترى ، والأولى نقلها من الوصيّة بمعنى مطلق العهد ، يقال : أوصاه ووصّاه توصية عهد إليه إلى خصوص ما يعهده الإنسان بعد وفاته ، بل الوصية بمعنى التمليك ألصق بهذا المعنى من الأوّل كما هو واضح ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ النظر في ذلك يستدعي فصولاً ﴾ .

﴿ الأوّل : في الوصيّة وهي ﴾ إنشاء الموصى ﴿ تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة ﴾ وهذه لا اشكال بل لا خلاف في أنّها ﴿ تفتقر إلى ايجاب وقبول ﴾ للإجماع بقسميه على أنّها حينئذٍ بحكم العقود المتوقفة على ذلك ، وأنّها بمنزلة الهبة والعطية والصدقة مضافاً إلى اصالة عدم انتقال الملك من الموصى ، وعدم دخوله في ملك الموصى له بدونهما ، بل ليس في الشريعة في أسباب الملك ما هو كالايقاع في الحصول من جانب خاصّة .

ودعوى صدق الوصيّة على الإيجاب وحده ، على وجه يشمل ما نحن فيه واضحة المنع ، خصوصاً بعد ظهور اطلاقات الوصيّة فيها بمعنى العهد الّذي يعهد الموصي فعله بعد وفاته بأمر ونحوه ، لا ما يشمل محل البحث ، وهي بهذا المعنى ليست من العقود قطعا بل ضرورة .

ومن ذلك يظهر لك ما في اطلاق كثير من الأصحاب كون الوصية عقداً ثمرته تمليك العين أو المنفعة بعد الوفاة ، أللهمّ إلاّ أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصيّة ، ولعل الظاهر ذلك ، وحينئذٍ ، فلا وجه لنقض التعريف المزبور بالوصاية وبالوصية بابراء المديون وبالوقف ونحو ذلك ، ضرورة كون المراد تعريف ذلك الفرد من الوصيّة ، لا مطلق الوصيّة به ، بل لا يرد التدبير أيضاً ، بناء على أنّه عتق معلّق جاز للدليل ، لا وصيّة ، بل لو سلّمنا أنّه وصيّة فهو قسم آخر منها خارج عما نحن فيه ، من البحث عن الوصية التمليكيّة الملحقة بكتاب العطايا والصدقات ، وحينئذٍ فالتعريف تام .

نعم زاد فيه محكي التذكرة وإيضاح النافع تبرّعاً ، ولعلّه لبيان الواقع باعتبار ظهور النص والفتوى في اعتبار المجانية في الوصيّة بالمعنى المزبور ، لأنّها بمنزلة الصدقة ، فلو قال : هذا الفلان بعد موتي بكذا بطلت .

فما في جامع المقاصد — من اشكاله بما إذا أوصى بالبيع ونحوه من المعاوضات فإنّه وصيّة ، ولا تبرّع فيه — في غير محلّه لما عرفت من أنّ محل البحث في الوصيّة المملكة ، لا العهدية ، وقد عرفت اعتبار المجانية فيه ، بل الظاهر اقتصار التمليك فيها على ما كان نحو الصدقة ، فلو قال : بعت هذا من زيد بعد وفاتي بكذا مثلاً بطل — لا للتعليق الّذي يمكن دفعه بأنّه ممنوع في البيع ، لا في الوصيّة به الّتي مبناها على ذلك ، ولذا ، جاز في صيغة التمليك المجاني ، بل لعدم ما يدلّ على صحّة الوصيّة على الوجه المزبور ، بعد ما عرفت من ظهور نصوصها في خلاف ذلك فيما كان بلفظ التمليك ونحوه فضلاً عما كان بلفظ البيع والصلح والإجارة ونحوها ممّا لا دليل على صحّة إيجاب الوصيّة بها ، فضلاً عن ملاحظة العوض فيها .

ومن ذلك لم يصح إنشاء الوقف والرهن ، وغيرهما ممّا لا عوض فيه بالوصيّة على وجه يكون كالتمليك ، بأن يقول : هو وقف بعد وفاتي على زيد ، أو هو رهن بعد وفاتي أو نحو ذلك .

نعم يصحّ الوصيّة بذلك على معنى العهد ، أي يأمر بوقفه بعد وفاته مثلاً ، فتأمل جيداً كي يظهر لك ما في كثير من كلماتهم في المقام ، حتّى أنّ منهم من زاد في

التعريف «أو تسليط على تصرّف» لإرادة شمول الوصاية بمعنى الولاية ، مع أنّه ينتقض بالتدبير أيضاً ، ولذا زاد في الكفاية مع ذلك «أوفك ملك قيل : أو تسليط» .

ومنهم من عرّفها بأنّها «تنفيذ حكم شرعي من مكلف أو ما في حكمه بعد الوفاة» و هو كما ترى خارج عما نحن فيه ، ضرورة كون التنفيذ فعل الوصي أو الحاكم ، وهما معا خارجان عن الوصيّة ، فضلاً عن محل البحث ، والأمر في ذلك كله سهل .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ الإيجاب كلّ لفظ دلّ على ذلك القصد ﴾ وضعاً أو بقرينة ولو حاليّة ﴿ كقوله : اعطوا فلانا بعد وفاتي ، أو لفلان كذا بعد وفاتي ﴾ مريداً بالأوّل إنشاء التمليك بذلك ، لا الأمر بفعله بعدها ﴿ أو أوصيت له ﴾ بكذا من غير تقييد بما بعد الوفاة ، للإستغناء عنه بلفظ الوصيّة بخلاف الأوّلين .

نعم ينبغي أن يظهر إرادة إنشاء التمليك فيه بذلك ولو بقرينة حالية ، لا الوصيّة العهدية الخارجة عن محل البحث .

ولو قال : هو له فهو إقرار في الحال لا يقبل منه حمله على الإيصاء عند التداعي ، إلاّ أن يكون قد قرنه بما يفسد الإقرار ، ويجعله وصية .

نعم قد يقوي الإكتفاء بنيّته الّتي قد فسر اللفظ بها بعد ذلك ، إذا لم يكن له معارض ولا خصم ، والمال في يده وتحت سلطنته ، وكذا الكلام في قوله وهبته ، ثمّ فسّره ، بإرادة الوصية لا التنجيز ، أما لو قرن ذلك ونحوه بما يقتضي ذلك لم يكن إشكال حينئذٍ في الحكم بكونه وصيّة ، لعدم اختصاصها بلفظ ، وكذا لو قال : عيّنت له كذا بعد وفاتي أو جعلت له كذا .

نعم ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الإستعمال المتعارف ولا يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح ، لإرادته حقيقة ولا مجازاً ، وكذلك الكلام في القبول الّذي هو أوسع من الإيجاب ولذا جاز فيه أن يكون فعلاً دالاً على الرضا بالإيجاب بلا خلاف أجده فيه ، وفي سائر العقود الجائزة .

نعم ظاهرهم بل صريح بعضهم عدم تحقّق العقد في شيءٍ منها بالفعل في الإيجاب ، لكن لا يخفى عليك مشروعيّته في الجميع ، كما لا يخفى عليك صدق أسمائها كالعارية والوديعة ، ونحوهما على ذلك ، فلا مناص حينئذٍ عن القول بجواز ذلك فيها ولحوق أحكامها له ، إلاّ أنّه ليس عقداً لها ، فهو شبه المعاطاة في العقود اللازمة الّتي تندرج في الإسم ، ولا يجري عليها حكم العقد ، وليس عدم الثمرة هنا بين المعاطاة والعقد بعد الإشتراك في الجواز مانعاً من ذلك كما هو واضح ، فينحصر العقد هنا بالإيجاب لفظاً والقبول كذلك أو فعلاً ، وما عداه معاطاة ، وهو ما كان إيجابه فعلا ، سواء كان قبوله كذلك أو لا ؟ .

بقي الكلام في أمرين :

أحدهما : أن ظاهر إطلاق المصنف وغيره حتّى معقد اجماع الغنية ونحوه وعدم الفرق في افتقار هذا القسم من الوصية إلى الإيجاب والقبول بين كونها لمعين وغير معين كالوصية بشيء للفقراء أو لبني هاشم ، وغير ذلك ممّا هو غير محصور ، أو كان لجهة كالمسجد .

لكن في القواعد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومحكي التذكرة والتحرير والمختلف والإيضاح والدروس والتنقيح وإيضاح النافع والكفاية أنّه ينتقل بالموت من غير حاجة إلى القبول ، بل في المسالك «نفي الخلاف فيه ، وعن إيضاح النافع أنّ عليه الفتوى ، وظاهرهم أنّه لا يحتاج إلى قبول من الحاكم إن أمكن ، كالوقف وربما قيل : فيه بذلك ، ولكن لا قائل به هنا» ونحوه في جامع المقاصد ، ولعلّه لإطلاق الأمر بإنفاذ الوصية بعد فرض صدقها هنا على ذلك ، من غير حاجة إلى قبول ، والسيرة المعلومة ، وما عساه يستفاد ممّا ورد من الوصايا بنحو ذلك ولما استدلّ به في التذكرة وغيرها من تعذر القبول منهم جميعهم ، والبعض ترجيح بلا مرجّح ، على أنّ الكلام في البعض الآخر ، وإن أمكن المناقشة فيه إمكان اعتبار قبول الحاكم الّذي هو بمنزلة الجميع ، أو الناظر .

لكن ، لا يخفى عليك أنّ فساد ذلك لا يقتضي فساد أصل الدعوى ، وإن تخيله بعض من عاصرناه ، قائلاً قضيّة كلامهم أنّه لولا هذه العلّة لوجب القول بالقبول ، وهذا يقضي بقوّة القول به ، بعد أن عرفت فسادها بالقبول من الحاكم مضافاً إلى عدم الانتقال ونحو ذلك ،

وإلى اطلاقهم كونها عقداً الّذي يمكن أن يكون هو السبب لهم في الإتكال على عدم التصريح بالقبول من الحاكم هنا، بل مثله يعد اجماعاً على الاشتراط، ويؤخذ حجّة عليه خصوصاً بعد عدم المعارض لذلك كلّه إلّا اطلاق الأدلّة الّذي لم يسبق لذلك، بل قد يمنع صدق اسم الوصيّة على الفرض، كما أنّه قد يمنع إرادة هذا الفرد منها إلّا أن الجميع كما ترى.

نعم قد يقوى كون الوصيّة للفقراء وللجهة غير ما نحن فيه من الوصية التمليكيّة بل هو من الوصيّة العهديّة بالصرف على ذلك، خصوصاً الوصيّة للجهة، ضرورة عدم صحّة تمليك الجنس بعقد من العقود المملّكة وإن قبل الحاكم عنه، إلاّ الوقف على إشكال فيه لقصور أدلتها عن ذلك، من غير فرق بين البيع والصلح والهبة وغيرها ممّا اشتمل على العوض، أو لم يشتمل، ولا يقاس التمليك بها على الملك الشرعي الثابت في الزكوة و الخمس، بل والوقف بناء على القول به، لحرمة القياس، على أن بناء الوقف على تمليك المعدوم بخلاف الوصية، مع أن أفراد الجنس مختلفة، كمال الإختلاف ضرورة كونهم حال الوصية غيرهم في الزمن الآخر، لصيرورة الفقير غنياً والغني فقيراً، بل فيهم من لم يكن موجودا أصلا، ثم وجد فقيراً وهكذا، ولا ريب في عدم ظهور معتد به في أدلّة العقود على وجه يقتضي صلاحيتها لنحو هذا التمليك، بل لا يبعد بطلان الوصية لو قصد بها التمليك المذكور.

ومن ذلك ينقدح أن اطلاق الأصحاب كون الوصية عقداً محتاجاً إلى الإيجاب و القبول في محلّه، ولا يرد عليهم مثل ذلك، لخروجه عن الوصيّة التمليكيّة، ودخوله في الوصيّة العهديّة الخارجة عن محل البحث، خصوصاً الوصيّة للجهة كالمسجد والقنطرة والمدرسة ونحوها، ممّا هي غير قابلة للتمليك، ولم يقصد منها تمليك غيرها من الفقراء ونحوهم، فليس حينئذٍ إلاّ إرادة المصرف فتأمل جيّداً فإنه جيّد جدّا، وإن كان مخالفاً لما صرّح به بعضهم، كالفاضل والمحقّق الثاني وغيرهم من كون الوصيّة في الفرض مملكة ولكن لا تحتاج إلى قبول مطلقاً أو تحتاج إلى قبول من الحاكم، ضرورة منافاة ذلك لكونها عقداً مفتقراً إلى الإيجاب والقبول المعتبر، فيهما ما يعتبر في باقي العقود إلاّ ما خرج بالدليل، حتّى العربيّة بناء على اعتبارها في العقود جميعها، وإن صرّح في الروضة بعدم اعتبارها هنا، لكنّه مسلم في العهدية منها دون العقدية،

لعدم الفارق بينها وبين غيرها من العقود في ذلك ، والقياس على ما خرج بالدليل من الفرق بينها وبين غيرها ممنوع عندنا .

أللّهم إلاّ أن يدّعي جواز ذلك من العقود الجائزة ، وإن قدر على العربية كما صرّح به هنا في الدروس .

ولكن فيه أن دليل العربية مشترك بين العقود جميعها ، إذ هو انسياق العربي فيما اعتبر فيه اللفظ ، فتأمل جيّداً ، فإنّه قد يقال : إنّ الوصيّة في عهد الميّت بعد وفاته ، بل لعل العقدية المستفادة من قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصية للوالدين» إلى آخر الآية باعتبار ظهوره في التمليك الناشيء من الوصية قسم من العهدية ، كما عساه يشعر به ذكرهم في إيجابها اعطوا وافعلوا ونحوهما ، وقد عرفت عدم الإشكال في جواز الفارسية ونحوها في العهدية فتأمل جيّداً .

ثانيها : أنّه قد يظهر من اعتبار العجز عن النطق في كفاية الإشارة الدالة على المراد في كلام جماعة من الأصحاب ، بل هو معقد نفي الخلاف في محكي التنقيح بل لا كلام فيه كما عن إيضاح النافع ، بل في الروضة القطع به ، بل في الرياض الإجماع عليه ، بل لعله محصل أنّه لا تجزى الإشارة مع التمكّن من النطق ، وهو مناف لما ذكرناه من كفاية الفعل في إجراء حكم الوصيّة ، وإن لم يتحقّق بذلك عقدها ، وأنّه كالمعاطاة في البيع .

لكن يمكن أن يكون ذلك منهم لإرادة ما ادّعوه من الإجماع ونفي الخلاف ونحو ذلك ، لا لإرادة اشتراط القاضي بعدم الجواز مع انتفاع ذلك ، أو لإرادة اشتراط القاضي بعدم الجواز مع انتفاع ذلك ، أو لإرادة تحقق العقد حينئذٍ وأنّه ليس من المعاطاة في حال العجز ، بل تقوم الإشارة حينئذٍ مقام اللفظ من القادر ، لما دلّ عليه في الأخرس أو لغير ذلك ، وإلاّ فلا دليل لهم يدلّ على ذلك ، بل لعلّ الأدلّة بخلافه ، بعد صدق اسم الوصية عليه عرفاً ، فتجري جميع أحكامها .

وصحيح الحلبي[1] عن أبي عبد الله «ذكر أنّ أباه حدثه عن أبيه أن أمامة بنت أبي العاص بن الربيع ، وأمّها زينب بنت رسول الله عليها‌السلام كانت تحت عليّ عليه‌السلام بعد فاطمة عليها‌السلام فخلف بعده وتزوّجها بعد علي عليه‌السلام المغيرة بن نوفل ، ذكر أنّها توجّعت وجعا شديداً حتّى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين أبناء عليّ عليهم السلام لا تستطيع الكلام ، فجعلا يقولان لها والمغيرة كاره لما يقولان : أعتقت فلاناً وأهله فتشير برأسها نعم وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها نعم ، فلا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها» .

وخبر عليّ بن جعفر[2] عن أخيه عليه‌السلام المروى عن قرب الأسناد «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأة فجعل أهاليها يسائله أعتقت فلاناً ، وفلانا ، فيومىء برأسه أوتومىء برأسها في بعض نعم وفي بعض لا ، وفي الصدقة مثل ذلك أيجوز ذلك قال : نعم ، هو جائز» .

مع أنّه لا صراحة فيهما بالوصية التمليكية ، لا دلالة فيهما على الإشتراط بل يمكن أن يكون الإكتفاء بذلك لجوازه في نفسه ، لا للعجز عن النطق ، ولعلّه لذلك كان ظاهر عبارة النافع الإكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق ، وإن قال بعض مشايخنا أنّه لا موافق له ، ولا دليل عليه .

ولكن فيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما عرفت ، وكذا الكلام في الكتابة ، فإنّه لا شك كما عن جامع المقاصد الإعتراف به في الإكتفاء بها مع العجز عن النطق والقرينة الدالة على إرادة الوصية منها بل عن التنقيح أنّه لا خلاف فيه ، بل عن الايضاح الإجماع على ذلك .

وفي خبر سدير[3] عن أبي جعفر عليه‌السلام «قال : دخلت على محمّد بن عليّ الحنفية وقد اعتقل لسانه ، فأمرته بالوصية فلم يجب ، فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل ، فوضع فقلت له : خطّ بيدك فخط وصيته بيده في الرمل ، ونسخته أنا في صحيفة» وربّما ظهر من تقييد الإكتفاء بالعجز عدم الإكتفاء بها مع الاختيار ، بل هو صريح المحكي عن الفاضل وولده والشهيدين والمحقّق الثاني والقطيفي ، بل عن السرائر نفي الخلاف فيه .

(١) الوسائل الباب – ٣٩ – من أبواب أحكام الوصية الحديث – ١ .
(٢) الوسائل الباب – ٣٩ – من أبواب أحكام الوصية الحديث – ٢ .
(٣) الوسائل الباب – ٣٨ – من أبواب أحكام الوصية الحديث – ٢ .

نعم عن التذكرة احتمال الإكتفاء بها مع الإختيار في أوّل كلامه ، بل لعلّه الظاهر من النافع وفي الرياض أنّه لا يخلو عن قوّة ، مع قطعية دلالة القرينة ، لكن يمكن أن يكون ذلك كلّه منهم في تحقيق العقد ، لا أن المراد عدم إجراء حكم الوصية على ذلك مطلقاً لما عرفت في الإشارة ، من صدقها عرفاً على ذلك ونحوه ، فيشمله اطلاق أدلّتها مضافاً إلى التأييد بكثير من النصوص الناهية عن أن يبيت الإنسان إلاّ وصيّته تحت رأسه ، ومعقد نفي الخلاف في محكي السرائر غير ما نحن فيه ، قال : ولو أوصى بوصية وأدرج الكتاب وقال قد أوصيت بما أوصيت في هذا الكتاب ، ولست أختار أن يقف أحد على حالي وتركتي وقد أشهدتكما عليّ بما فيه ، لم يصحّ بلا خلاف ، ولعلّ مراده عدم صحّة الشهادة عليه بذلك للإجمال ، وإن كان قد يقوي في النظر خلافه أيضاً ، ضرورة تناول أدلة الإقرار لمثله ، فيصحّ الشهادة عليه به وإن اعتبر فيها العلم ، ولا إجمال بعد العموم في اللفظ بل ينبغي القطع بالإكتفاء بها أي الكتابة في الإقرار ، أو ما في حكمه نحو الإشارة بالرأس واليد ممّا يفيد معنى نعم ، ولا ، مثلاً ، بل لا يبعد ذلك لو أفادته على وجه الظهور فضلاً عن الصراحة .

والحاصل أنّه يمكن حمل كلامهم السابق على ما عرفت ، أو يكون المراد عدم الإكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصيّة ، بمعنى أنّه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبيّنة ، أو تقم القرائن على إرادته كالوصية بذلك ، وعمل الورثة ببعض ما يجدونه مكتوباً لأمور دلّتهم على صحّته ، لا يلزمهم العمل بالجميع .

خلافاً للمحكي عن الشيخ في النهاية فألزمهم لرواية قاصرة سنداً ودلالة ، ولو كتب وصيّة وقال اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة ، أو قال : هذه وصيّتي فاشهدوا عليّ بها ففي القواعد والمحكي عن غيرها لم يجز حتّى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه ، فيقرّ به بل عن غير موضع من السرائر الإجماع عليه ، وفي المحكي عن الجامع اشهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب يدرج لا يصح اجماعاً .

لكن الإنصاف أنّه إن لم يتم الإجماع المزبور كان للنظر فيه مجال ، لما عرفت ، ولأنّ المعروف القبول فيما لو قرأه الشاهد مع نفسه ، فقال له الموصى : قد عرفت ما فيه فاشهد عليّ به ، وهما

عند التأمل متقاربان ، بل لا يبعد في النظر الإكتفاء بالكتابة في الإقرار و الوصيّة مع ظهور إرادة ذلك منها ، فضلاً عن صورة العلم ، ضرورة حجّية ظواهر الأفعال كالأقوال في الجملة ، سيما ما كان منها نحو شاهد الحال بل الكتابة أخت الألفاظ ، و في المرتبة الثانية في الوضع لا للدلالة على ما في النفس ، فتكون أولى من باقي الأفعال بل لا يجري على مدلول النقوش منها من الألفاظ ما يجري على اللفظ نفسه من الصراحة والظهور والإطلاق ونحو ذلك .

ودعوى عدم كفايتها – وغيرها من الأفعال في الوصية ونحوها من العقود الجائزة عقداً أو معاطاة – واضحة الفساد ، ضرورة الإكتفاء بها في البيع ونحوه ممّا هو أولى منها للصدق العرفي المشترك بين الجميع ، وعدم صدق اسم العقد بعد التسليم لا ينافي صدق اسم البيع والهبة والوصيّة ونحوها ، وهو المدار في إجراء الأحكام ، لا اسم العقد فتأمل جيّداً .

وفي خبر إبراهيم بن محمد الهمداني [1] قال «كتبت إليه رجل كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ، ولم يأمرهم بذلك فكتب إليه إن كان له ولد ، ينفذون كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البرّ وغيره» .

وفيه إشارة في الجملة إلى ما ذكرناه ، بل لو قلنا بعدم صدق اسم البيع ونحوه على المعاطاة كما هو الأصحّ عندنا الآن ، أمكن الفرق بين المقام وبين ذلك ضرورة كون الوصيّة بمعنى العهد ، بل يمكن تكلف اندراج العقدية منها فيه ، ولا ريب في صدقها بمعناه على الحاصل بالفعل ، سيما الإشارة والكناية ونحوها ، وإن لم يكن من الوصيّة العقدية وعنوان أكثر الأحكام على الوصيّة بمعنى العهد ، لا العقد فلا ينبغي التوقف في جريان الأحكام على ذلك ، فإنّه داخل تحت النهي عن التبديل ، بخلاف البيع والصلح ونحوه ممّا هو معنى واحد ، فلا يصدق على المعاطاة والله أعلم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ينتقل ﴾ الموصى به ﴿ بها ﴾ أي الوصيّة ﴿ إلى ملك ﴾ الموصى له بموت الموصى ، وقبول الموصى له ، ولا ينتقل بالموت

(١) الوسائل الباب – ٢٨ – من أبواب أحكام الوصية الحديث – ٢ باختلاف

منفرداً عن القبول ﴾ ولو متزلزلاً كالعكس ﴿ على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل هي كذلك على الظاهر ، وإن حكى الخلاف عن ظاهر أبي علي بل قيل : إنّه خيرة الخلاف والتذكرة وموضع من المبسوط ، بل لا ترجيح في جملة من كتب الأصحاب ، وهو يقضي بقوّته ، لكن في محكي السرائر أنّه ليس لأصحابنا فتوى بذلك ولا وردت به أخبار عن الأئمة الأطهار صلوات الله عليهم ، وفي جامع المقاصد أنّه ترك العلاقة في القواعد حكايته لضعفه .

قلت : ولعلّه لأنّه مخالف للأصل بل الأُصول ، وللمعهود من عدم الملك القهري في التمليكات ، ولسائر العقود ، ولغير ذلك ، لكن الإنصاف أنّه لولا دعوى الإجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوة ، ضرورة ظهور أدلّة الوصيّة في ملك الموصى به بمجرد الموت كما اعترف به القائل بالكشف ، من غير اعتبار القبول خصوصاً ما دل على الإنتقال إلى الوارث منها إذا مات الموصى له ، ولعله لذا كان خيرة بعض متأخّري المتأخّرين عدم الحاجة إلى القبول في اللزوم أيضاً ، فضلاً عن الملك ، إلاّ أنّه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ، فضلاً عن حكايته ، واستبعاد حصول الملك قهراً في التمليك بعد ظهور الدليل فيه لا وجه له ، خصوصاً بعد أن لا يكون لازماً عليه ، وله إزالته عنه بردّ الوصيّة كما هو مقتضى كلام القائل ، لأنّ القبول عنده شرط في اللزوم ، والإجماع على اعتبار القبول المسلم منه كون الوصيّة عقداً يعتبر فيها الإيجاب والقبول ، ولم يعلم مدخليّة الثاني فيها في الملك ، أو في لزومه ، ومخالفته لباقي العقود على التقدير الثاني لا بأس بها بعد قضاء الدليل مع أنّه بعينه وارد على المشهور ، من أن القبول كاشف .

نعم قد يقال : بظهور كلامهم في اعتباره في أصل الملك ، بل هو كصريح معقد المحكي من إجماع الغنية على اعتبارهما في صحّة الوصيّة الّذي مقتضاه فساد الوصيّة بدون القبول ، لا عدم اللزوم ، مع أنّه يمكن أن يكون نظرهم في ذلك إلى ردّ الوصيّة ، لا مطلق عدم القبول الصادق على حال التجريد منه ومن القبول ، ولو لعدم العلم بالوصيّة ، فلا ينافي ذلك على القائل بالملك اللازم من دون قبول ، وهو مجهول القائل المعتد به .

والمناقشة في أصل دليل هذا القول بمنع ظهور اطلاق أدلّة الوصيّة في الملك بمجردها

خصوصاً بعد أن لم تكن اطلاقات معتداً بها ، ولا هي مساقة لبيان ذلك ، بل لعلّها منزلة على ما هو الغالب من تحقّق القبول في مثلها ، لندرة ردّ ما يتبرع بإعطائه .

تبطل ما هو المشهور عندهم من أنّ القبول كاشف ، ضرورة كون ذلك عمدة أدلته الّتي خرجوا بها عن أصالة مساواة هذا العقد لباقي العقود ، دون ما ذكروه له من الوجوه الإعتباريّة الّتي منها أن الظاهر قوله تعالى[1] «من بعد وصيّة يوصى بها أو دين» عدم انتقال التركة معها إلى الوارث ، والميّت غير قابل للملك ، والإجماع على عدم ملك الأجنبي فليس حينئذٍ إلاّ ملك الموصى له ، وإلاّ بقي المال بلا مالك ، ولمّا قام الإجماع و غيره من الأدلّة على اشتراط القبول التجأنا إلى أنّه كاشف ، جميعاً بين الأدلّة .

وهو كما ترى فيه نظر من وجوه ، منها : أن مقتضاه ملك الديان أيضاً ما قابل بقاء ملكه على ثلثه الّذي أوصى بصرفه عليه في عبادة ونحوها .

ومنها : أن البحث في اشتراط القبول في الملك ، فكيف يكون ما هو محل النزاع من مقدمات الإستدلال ، ومن هنا يقوى القول بكون القبول جزءاً ناقلاً كغيرها من العقود كما هو خيره جماعة وظاهر آخرين .

لكن ومع ذلك فالقول بالكشف هو الأقوى ، لأن الموصى بإنشاء وصيّته قصد التمليك بالموت ، والقبول إنّما يتعلق بما أوجبه الموجب على الكيفية الّتي أوجبها فمع فرض تأخّره – لعدم اعتبار اتّصاله بالإيجاب ولا بالموت – يراد منه قبول المراد بالإيجاب الّذي هو الملك بالموت ، كما عرفت ، وهو معنى الكشف ، فيكون دليله جميع ما دلّ على مشروعية هذا الفرد من الوصية الّتي لا وجه لقبولها إذا تأخر إلاّ الكشف ، وبذلك افترقت عن باقي العقود الّتي يراد بإيجابها معناه عند القبول حتّى العقد الّذي لم يعتبر فيه اتّصال القبول بالإيجاب كالوكالة فضلاً عما اعتبر فيه ذلك كالبيع ونحوه .

وقد ظهر بذلك أن الأقوال في المسألة ثلاثة ، أحدها : أن القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود .

(١) سورة النساء الآية – ١١ .

والثاني : كونه شرطاً في الملك كاشفاً .

والثالث : كونه شرطاً في اللزوم ، وقد يحتمل عدم مدخليته أصلاً في ملك ولا لزوم ، وإنما الردّ مانع ، بل قد يحتمل عدم مانعية الردّ أيضاً ، إلاّ أن كلام الأصحاب كأنّه متفق على خلاف الأخيرين ، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم ، وأن المعتدّ به القولان الأوّلان ، كما أنّ المشهور منهما الثاني الّذي قد عرفت كونه أقويهما .

ومنه يعلم عدم كون الوصيّة من العقود المتعارفة ، بل قد سمعت ما يصلح دليلاً لكلّ من الأقوال ، وإن أطنب في ذلك بعض المتأخّرين ، لكن على وجه غير مهذب ولا منقّح ، بل ومشتمل على حشو كثير ، وما لا فائدة يعتدّ به ، كالإطناب في الفروع المتفرقة على القول بالنقل والكشف ، حتى عقد لذلك في التذكرة بحثا مستقلاً ، ضرورة عدم خفائها على المتنبه الّذي قد أحاط بما تقدّم لنا في الفضولي الّذي قد سمعت البحث فيه عن الإجازة بالنسبة إلى النقل والكشف ، والفروع المتفرقة على ذلك ، بل وقد عرفت هناك المراد من الكشف على وجه لا ينافي شرطية الرضا في الملك ، لا أنّه شرط للعلم بحصول الملك ، وكذا الكلام هنا وإن كان هو ظاهر الكركي بل صريحه لكنّه ضعيف مناف لما دلّ من الإجماع وغيره على اعتبار القبول في الملك ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، والله هو العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو قبل ﴾ الموصى له ﴿ قبل الوفاة ﴾ أي وفاة الموصى ﴿ جاز ﴾ وفاقاً للمشهور لصدق اسم الوصيّة والعقد معه ، فيندرج تحت أدلتها ، وبه يستدلّ على نفي احتمال اشتراط الوفاة في صحته ، كما أنّه بذلك يخرج عن أصالة عدم النقل ، وأصل بقاء المال وغيرهما من الأوصول ﴿ و ﴾ كون متعلق الإيجاب الملك بعد الموت لا ينافي قبوله على هذا الوجه ، ضرورة كون القبول كالإيجاب في صحة التعلق حال الحياة ، فهما حينئذٍ متطابقان .

نعم هو ﴿ بعد الوفاة آكد ، وإن تأخّر القبول عن الوفاة ما لم يردّ ﴾ بعدها خلافاً لجماعة ، منهم الفاضل والكركي (لا يجوز) بل قيل : إنّه المشهور ، وإن كنا لم نتحقّقه ، لعدم المحل له بعد أن كان القصد الملك بعد الموت ، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيّة ، وكما لو باعه

ما سيملكه ، ولأن القبول كاشف أو ناقل ، وهما معا منتفيان هنا ، لمعلومية اشتراط الملك بالموت ، ولأن ما قبل الوفاة إن كان قابلاً للقبول ، فليكن قابلاً للردّ أيضاً ، كما بعد الوفاة ، والمشهور أنّه لا حكم للردّ قبل الوفاة ، كما ستعرف ، فالقبول كذلك أيضاً ، ولأن القبول لو كان مقبولاً حال الحياة لم يعتبر قبول الوارث ولا ردّه ، لو مات الموصى له قبل موت الموصى وقد قبل ، وهو باطل لأن اطلاق الأخبار يقتضي عدم الفرق بين تقدم قبول الموصى له وعدمه ، فيكون قبول الوارث وردّه معتبراً ولما ستعرفه في شرح قوله «فإن ردّ إلى آخره» .

والجميع كما ترى ، ضرورة منع عدم المحل له بعد أن كان المقصود بالقبول الرضا بالمراد من الإيجاب كيفما كان ، فلا يتصوّر اختصاص الإيجاب في زمان دون القبول .

ودعوى – كونه كالقبول قبل الوصيّة الّذي لم يتحقق فيها إيجاب أصلاً ، وكما لو باعه ما سيملكه الّذي يكون الإيجاب فيه باطلاً – واضحة الفساد ، كوضوح فساد الثاني لأنَّ الكشف والنقل إنّما هو في القبول بعد الوفاة ، لانحصار مقتضى الملك حينئذٍ فيه ، بخلاف حال الحياة الّتي لا إشكال كما لا خلاف في توقف الملك معه على الوفاة الّتي قصد الموصى التمليك بعدها ؛ وعدم الحكم للرد بعد تسليمه ، لأصالة بقاء حكم الإيجاب وصلاحية الزمان للقبول ، لا تستلزم صلاحيته للردّ ، وقبوله بعد الموت ليس لقبول القبول فيه ، بل للإجماع ونحوه ممّا هو مفقود في الفرض ، بل هو مظنّة العكس ، وقبول الوارث إنّما يكون معتبرا إذا مات الموصى له قبل القبول ، كما أنَّ ردّه معتبر إذا كان للموصى له الردّ .

أما لو فرض عدم الردّ له لم يكن للوارث ذلك أيضاً ، كما لو مات بعد القبول والوفاة وليس في النصوص ما يدلّ على اعتبار قبول الوارث ، كي يتمسك بإطلاقه ، الشامل لقبول الموصى له وعدمه ، كما لا يخفى على من لاحظها هذا .

وقد أشار المصنّف بقوله وإن تأخّر إلى آخره ، إلى عدم اعتبار اتصال القبول بالوفاة لو وقع بعدها ، سواء قلنا باشتراط صحّته بذلك أولا لإطلاق الأدلة الشامل لذلك قطعاً ، ضرورة ندرة اتفاق حصول ذلك ، بل تعذره فيما لو كان الموصى له غائباً مثلاً فلا ريب ولا خلاف يعتدّ به في عدم اعتبار اتّصال قبولها بالوفاة ، فضلاً عن عدم اعتبار اتّصاله بالإيجاب الّذي هو معتبر

في غيرها من العقود ، بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على جبره على القبول وعدمه ، ما لم يستا م ذلك ضرراً وخصومة وتلفا للمال ، باعتبار احتياجه إلى النفقة ، وغيرها ، وإلا كان له إلزامه في وجه قوي بل لو تعذر اجباره أمكن تولي الحاكم ذلك فتأمل هذا .

ثم إن الظاهر جريان البحث المزبور في إجارة التنجيز بناء على اعتبار اجارة الوارث في الزائد على الثلث فتأمل ، ولما كان قول المصنف «لما لم يرد» موهما لخلاف الواقع فصّله بقوله ﴿ فإن ردّ في حياة الموصى ، جاز أن يقبل بعد وفاته ، إذ لا حكم لذلك الرد ﴾ وفاقاً للمشهور .

بل وجهه واضح ، بناء على أن القبول معتبر بعد الوفاة خاصة ، ضرورة كون الوجه فيه أن ذلك الوقت محل القبول ، والردّ باعتبار التعليق في الإيجاب عليه إذ هو يقتضي عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلّق عليه ، كتعليق الحج على الإستطاعة ، ونحو قول السيّد اضرب زيداً إن جاء عمرو ، وصلّ الظهر إذا زالت الشمس ، ونحو ذلك ممّا لا أمر فيه قبل تحقق المعلق حال الحياة للإعلام بإرادة ذلك عند المعلق عليه ، وللإكتفاء بها عن تجديد الأمر والإنشاء عنده ، ولعلّه لذا اعتبر في القبول كونه بعد الوفاة ، كالردّ ، ضرورة عدم حصول متعلّقها قبلها .

وإن كان منع ذلك كلّه واضحاً ، لمعلومية تحقق الإنشاء بصدور الإيجاب ، والتعليق إنّما هو لحصول الأثر لا للإنشاء المقتضى لذلك ، والأوامر المعلقة يتحقّق معنى الأمر فيها ، بصدورها ، ولذا يتحقّق وصف المطيع والعاصي بالعزم على امتثالها وعدمه ، قبل حصول المعلّق عليه ، بل لعلّ التأمل يشرف الفقيه على القطع بعدم إرادة تعليق معنى الأمرية فيها ، على معنى أن يكون مأموراً عند حصول المعلّق عليه ، مع أنّه لم يتجدد أمر غير ذلك ، فيرجع إلى صيرورته مأموراً بلا أمر ، وهو معلوم الفساد .

ومن هنا اتّجه صحّة القبول قبل حصول المعلق عليه ، لتحقق المعنى الإنشائي القابل للقبول ، ولا يستلزم ذلك قبول الردّ لعدم الدليل على بطلان حكم الإنشاء بقوله لم أقبله مثلاً في مثل المقام ، بل وفي غيره حتى العقود اللازمة ، إذا كان قد وقع على وجه لم يقدح باتّصال قبولها

به أللّهمّ ، إلاّ أن يكون إجماعاً ، فيقتصر عليه كالاقتصار هنا له أيضاً على تأثيره ، بعد الموت دون الحياة .

ومن ذلك بان الوجه في عدم اعتباره على التقديرين ، لكن ومع ذلك فالإنصاف يقتضي عدم الفرق بينه وبين القبول بالنسبة إلى تحقّق المعنى المقابل ، لتعلقها به ، ولعلّ شهرة الأصحاب هنا غير معتد بها ، بعد أن علم أنّ المدرك فيها عدم حصول ما يقبل الردّ لتعليق الأثر على الموت الّذي قد فرض عدم تحقّقه ، فيكون كالطلاق قبل النكاح الّذي صحّحه أبو حنيفة ، لما عرفت من بطلانه بتحقّق المعنى القابل للقبول و الردّ هنا ، ويمكن أن لا يكون مدركهم ذلك . وإن ذكره بعض المتأخرين لهم ، ولذا ، كان خيرة المصنف جواز القبول حال الحياة ، وعدم الحكم للردّ فيها ، ولعله لما أشرنا إليه من عدم دليل يصلح لقطع استصحاب صحّة الإيجاب بذلك ، لا لما ذكروه

بقي شيء في المقام ، وهو أنّه ربما استفيد من اطلاق المصنف وغيره عدم الفرق في ذلك بين سبقه بالقبول وعدمه ، ولكن يشكل ذلك بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصية عقداً جائزاً من الطرفين ، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخة حينئذٍ ، ولا ريب في اقتضائه بطلان العقد ، إذ هو معنى الفسخ ، كما أن معنى الردّ والفسخ واحد ، واحتمال التزام عدم الحكم بهذا الفسخ يقتضي مخالفتها للعقود الجائزة بالنسبة إلى ذلك ، ويمكن حمل كلامهم على ردّ الإيجاب خاصة الّذي لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز .

ودعوى أنّه إذا كان له الفسخ بعد تمام العقد ، فللإيجاب خاصّة أولى يمكن منعها بعد بطلان القياس عندنا ، وكذا دعوى تنزيل جواز الفسخ الّذي له بعد تمام العقد على إبطال القبول خاصة ، فيحتاج إلى تجديد القبول خاصة ، بل قد عرفت أنّ ذلك مخالف للفسخ في العقود فتأمل جيّداً فإن المسألة غير محررة في كلامهم .

وتحريرها ما ذكرناه غير مرّة من أن الوصيّة ليست من العقود ، وإن كانت هي جائزة بمعنى أن للموصى الرجوع ، وللموصى له عدم القبول ، أما إذا قبل فلا ردّ له حتّى في حال الحياة ، فضلاً عما بعد الوفاة .

نعم لو لم يقبل بل لو ردّ كان له القبول بعد ذلك حال الحياة ، بخلافه بعد الموت ، ولعل الفرق بينهما أنّ ما بعد الموت هو محل القبول والرد ، باعتبار أنّ التمليك في الوصية حينه ، بخلافه حال الحياة ، على أنّه لو لم يقبل الردّ بعد الموت ترتب الضرر لعدم أمد له ينتظر ، مضافاً إلى ما عرفت من كون القبول بعد الموت كاشفاً ، فالردّ والقبول فيه نحو إجازة الفضولي بخلافه حال الحياة والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إن ردّ بعد الموت وقبل القبول بطلت ﴾ على وجه ، لا ينفعه تجديد القبول بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة في انقطاع الأصل المزبور .

إنّما الكلام فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ وكذا ﴾ تبطل الوصية ﴿ لو ردّ بعد القبض وقبل القبول ﴾ مع أنّك قد عرفت سابقاً تحقق القبول بالفعل والقول فالقبض ، — بعنوان أنّه موصى له — قبول ، فلا يؤثر الردّ حينئذٍ بعده ، بل لا وجه لفرضه قبل القبول ، ضرورة تحقّقه بذلك ، اللّهمّ إلاّ أن يحمل كلامهم على القبض الّذي لا يكون قبولاً ولو لغفلة عن الوصيّة أو جهل بها أو غير ذلك ، وإن كان هو مناف لاطلاقهم ، ولما تسمعه ممّا ذكروه متصلاً بذلك من أحكام القبض نحو قول المصنف .

﴿ ولو ردّ بعد الموت والقبول وقبل القبض قيل : ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وابن سعيد في المحكي عن جامعه ﴿ تبطل ﴾ استصحاباً لجوازها قبله ، ولكونها أضعف من الهبة والوقف اللذين يعتبر فيهما ذلك — ﴿ وقيل لا تبطل ، و هو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وأشهر بين الطائفة ، بل هو المشهور ، بل كاد أن يكون إجماعاً ، كما أن النصوص [1] كادت تكون متواترة في عدم اعتباره ، ولذا تضمنت انتقاله إلى وارثه إذا كان قد مات الموصى له قبله ، مضافاً إلى إطلاق أدلة الوصية وبذلك كله ينقطع استصحاب الجواز بعد تسليم جريانه — والثاني — مع وضوح فساده بعد بطلان القياس مقتضاه كون القبض شرطاً في الصحة وهو خلاف ما حكي عن المبسوط من كونه شرطاً في اللزوم كما أومى المصنف بقوله

---

(١) الوسائل الباب — ٣٠ — من أبواب أحكام الوصايا .

﴿ أما لو قبل وقبض ثم رد لم تبطل ﴾ اجماعاً لتحقق الملك واستقراره .

نعم ربما احتمل بعضهم ذلك ، لكن الأمر في ذلك سهل ، إذ على كل حال لا يخفى عليك ما فيه بعدما عرفت ﴿ ولو ردّ ﴾ الموصى له ﴿ بعضاً ﴾ ممّا أوصى له ﴿ وقبل بعضاً صح فيما قبله ﴾ خاصّة ، وكذا لو رجع الموصى ببعض دون بعض ، لإطلاق أدلة الوصية وانفاذها الشامل للفرض ، لا لعدم اعتبار المطابقة بين إيجابها وقبولها باعتبار كونها من التبرعات المحضة ، بخلاف عقود المعاوضة ولذا لم يجز للقابل فيها الإقتصار على بعض ما ذكره الموجب ، ولو بما يخصّه من الثمن ، بل لما عرفت وتعرف ، ضرورة اعتبارها في جميع العقود من غير فرق بين الجميع ، لاتحاد المدرك فيها ، إلاّ أنّه في المقام لم يصدر من الموجب غير تعلّق قصد الايصاء بكلّ منها ، من غير مدخلية لاجتماعها وانفرادهما ، بخلافه في عقد المعاوضة الظاهر بسبب الجمع بالعوض في أن القصد قد حصل عليهما من حيث الإجتماع ، وإن لم يكن ذلك على جهة الشرطية ومن هنا لو فرض تشخيص الثمن لكل منهما كما لو قال : بعتك العبد بمائة ، والجارية بخمسين ، فقبل أحدهما بثمنه لم يبعد الصحّة ، بحصول المطابقة بالنسبة إلى ما قبله وعدم قبول الثاني ليس من المخالفة بين الإيجاب والقبول الممتنعة ، وإن كان الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال ، بل قد يقوي عدم حصول المطابقة إلاّ مع تعدّد إنشاء للإيجاب .

نعم يقوي في الوصيّة عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقة لتحقّق معنى اسم العقد الّذي هو الإيجاب ، وقبول ذلك الإيجاب بها .

ومن ذلك يظهر الإشكال هنا في صحّة جزءٍ معيّن من الموصى به باسم كلّه ، كما لو قال الموصى : بساطي مثلاً لزيد ، فقال الموصى له : قبلت هذا الجزء المعيّن منه ، فإنّه لا مطابقة بين الإيجاب والقبول حينئذٍ ، بل لا إيجاب بهذا الجزء إلاّ ضمناً وفي الإكتفاء به ظهر ، وإن قلنا إنّها ليست من العقود ، بل في الاجتزاء بها في الإذن ونحوه منع .

أما لو قبل جزءاً مشاعاً منه مقدراً بالثلث أو الربع منه مثلاً ، فهو أقرب إلى الصحّة منه ، كما يشهد له صحّة الوصيّة بالثلث بأزيد منه ، فقبل الموصى له ، ولم يجز الوارث الزائد ، وإن كان قد يفرّق بأن الموصى له قد طابق قبوله الإيجاب ، لكن لم يسلم له باعتبار عدم اجازة الوارث ،

نحو ما لو باع ماله ومال غيره فقبل المشترى ، ولم يجز الغير ، فإنه يصحّ في الأوّل دون الثاني .

إنّما الكلام فيما لو جعل متعلّق القبول أوّلاً وبالذات ، وكلام الأصحاب هنا وإن كان مطلقاً ، لكن يمكن حمله على إرادة البعض المستقل كما لو قال : عبدي وداري لزيد ، فقال الموصى له : قبلت العبد فتأمل جيداً فإن المسألة محتاجة إليه .

ضرورة عدم المطابقة فيه لو قلنا بكون الوصيّة من العقود ، فإن القبول المزبور ، لم يكن له إيجاب لأنّ الإيجاب الّذي صدر من الموجب متحد وإن تعدّد متعلّقه ، لا أنّه إيجابان وإنشاءان والعطف لا يصيّره كذلك ، فلو وقع في مثل الهبة ونحوها من العقود ولو التبرعية لم يكف ، إذ لم تحصل المطابقة ، نعم قد عرفت غير مرّة ، أنّ الوصية ليست من العقود المعتبر فيها ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو مات ﴾ الموصى له ﴿ قبل القبول ، قام وارثه مقامه في قبول الوصيّة ﴾ وردّها سواء كان في حياة الموصى أو بعد وفاته على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل عن كشف الرموز أنّه هو الّذي انعقد عليه العمل ، بل لا خلاف محقق أجده فيه في الثاني وإن حكى ، بل وفي الأوّل وإن حكى عن أبي على البطلان فيه أو مطلقاً ، وربما مال إليه بعض المتأخّرين لكنّه في غير محلّه ، لإصالة بقائها للموصى له ، فتكون حقّاً من حقوقه فينتقل إلى وارثه كحق الخيار والشفعة و غيرهما خصوصاً بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره في غيرها كما عرفته سابقاً ، بل هي مع قبول الوارث تندرج في إطلاق أدلّة الوصيّة ، وما دلّ على انفاذها ، وعدم جواز تبديلها وتغييرها .

ولما رواه المحمدون الثلاثة بطريق صحيح وحسن كالصحيح عن محمّد بن قيس [1] الثقة على الظاهر بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه ، وكونه الراوي لقضايا أمير المؤمنين عليه‌السلام عن أبي جعفر عليه‌السلام الّتي هذه منها «قال : قضي أمير المؤمنين عليه‌السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب ، فتوفى الموصى له قبل الموصى قال : الوصيّة لوارث الّذي أوصى له ، قال : ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارثه الّذي أوصى له ،

(١) الوسائل الباب – ٣٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١

إلاّ أن يرجع في وصيته قبل موته» على أنّه معتضد بخبر الساباطي[1] «قال سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن رجل أوصى إليّ وأمرني أن أعطي عمّاً له في كلّ سنة شيئاً ، فمات العمّ فكتب أعط ورثته» .

وبالصحيح عن المثنى[2] «قال : سألته عن رجل أوصى له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقبا قال ، أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه ، قلت : فإن لم أعلم له ولياً قال : اجهد على أن تقدر له على وليّ ، فإن لم تجده وعلم الله فيك الجهد فتصدق بها .

وبما عرفت وهو وإن كان في الأوّل ، لكن قد عرفت أنّه محل الخلاف كما يقضي به التتبع ، وإن حكى عن بعضهم البطلان مطلقاً ، لكنّه غير محقّق ، كما أن القول بالتفصيل أي البطلان في الأوّل دون الثاني واضح الفساد ، بعد النص الجامع لشرائط العمل الّذي منه يعلم أيضاً أنّه لا وجه للتفصيل بين من يعلم كون غرضه خصوص الموصى له ، فتبطل حينئذٍ مطلقاً ، وبين من لم يعلم غرضه فتصح وتنتقل إلى الوارث ، بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأوّل عن الخلاف ، لكن فيه أنّه إن لم يكن ذلك على جهة الشرطية أو ما في معناها لا وجه للبطلان أيضاً كالتفصيل بين علم الموصى وظهور إمارات البقاء فكالمشهور ، وبين عدم علمه ، أو ظهور كون المقصود – ، خصوص الموصى له ، فالبطلان وإن تجرّد عن جميع القرائن فالتوقف ، إذ كلّ ذلك اجتهاد في مقابلة النص ، أو تهجس بلا داع ، سوى الأصل – المقطوع بما عرفت .

والصحيح عن أبي عبد الله عليه‌السلام « أنّه سئل عن رجل أوصى له أحد ، فمات الموصى له قبل الموصى قال : ليس بشيء» الّذي مثله موثق منصور بن حازم عنه أيضاً القاصرين عن معارضة ما عرفت من وجوه .

منها الإعتضاد بالشهرة العظيمة القريبة من الإجماع المخالفة للمشهور بين العامة ، ومنه ينقدح حملها على التقية دون العكس الّذي لم ينقل إلاّ عن الحسن البصري والتقية فيه مع بعدهما لا تتأتى فيما روى عن الصادقين عليهما‌السلام ومن بعدهما ، لتأخّر زمانهم عنه ، بل قد يشهد لذلك العدول في الجواب إلى ما هو غير واضح الدلالة ، إذ من المحتمل كون المراد عدم كون

(١ و ٢) الوسائل الباب – ٣٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٣ – ٢ .

الموت شيئاً ينقض الوصية ، بل قيل : إنّه أنسب بأسلوب الكلام ، وتذكير الضمير المستتر في الفعل ، ولعدم التنافي بين الروايات وتنزيلها أيضاً على ما إذا نقض الموصى الوصيّة بعد موت الموصى له ، وكون المراد الوصاية لا الوصية التمليكية ، وغير ذلك ممّا يظهر منه أن المقام مقام ترجيح وطرح ، لا مقام جمع لانتفاء التعادل الّذي هو شرط فيه ، على أنّه لو سلم فهو يقتضي التأويل في المحتمل دون النصّ الّذي لا يقبل التأويل ، كما هو واضح .

وسوى أن وارث الموصى له إنّما يرث ما كان له ، والمال قبل قبوله للموصى الّذي لم يصدر إلاّ عطية للموصى له ، فكيف يرث وارثه مال شخص آخر ، وكيف يقبله له ، مع أن الإيجاب وقع لغيره ، وهو الّذي قد أشرنا إلى أنّه اجتهاد في مقابلة النص ، مع أنّه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصى وقبله الوارث لمورثه الّذي هو الموصى له ، وقلنا : إن القبول كاشف ، فإنّه ينكشف حينئذٍ بالقبول من الوارث القائم مقام مورثه دخوله في ملك الموصى له حين موت الموصى ، فيرثه الوارث حينئذٍ ، لكن الحق خلاف ذلك كلّه ، وأنّ الوارث ينتقل إليه المال من الموصى ، وإن قلنا بالكشف في قبول الموصى له بعض ما عرفت ممّا هو مفقود في المقام ، ضرورة ظهور الدليل في ملكية الوارث له بموت الموصى ، وإن قيّدناه بالإجماع بحصول القبول منه لذلك ، ولا وجه للكشف بالنسبة إليه لأنّ الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصى ، فكيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصى ، والموصى له موجود ؟

ودعوى أن القبول منه للميّت الّذي بموته خرج عن قابليّة ادخال شيء في ملكه ، ابتداء لا شاهد عليها ، كما لا وجه لدعوى الكشف حين موت الموصى له ، مع أن السبب المملك ذكر للموصى له حين موت الموصى ، فليس حينئذٍ إلا القول بأن قبول الوارث مملك حين حصوله .

ومن هنا قال المصنف وغيره :

﴿ فرع ﴾

﴿ لو أوصى بجارية وحملها لزوجها ﴾ أو غيره ﴿ وهي حامل منه فات ﴾ الزوج ﴿ قبل القبول كان القبول للوارث ﴾ لما عرفت ﴿ فإذا قبل ملك الوارث الولد ، إن كان ممّن يصحّ له تملكه ولا ينعتق على الموصى له ، لأنّه لا يملك بعد الوفاة ، ولا

يرث أباه ، لأنّه رق ﴿ مملوك للوارث ﴾ إلاّ أن يكون ممّن ينعتق على الورثة ويكونوا جماعة ﴿ فيشاركهم ﴾ فيرث ﴿ حينئذٍ ﴾ لعتقه قبل القسمة ﴿ لكن غير أُمّه الّتي لم تدخل في ملك أبيه ، بل انتقلت إلى الوارث من الموصى ، فليست هي حينئذٍ من تركته حتّى يشارك الوارث فيها نعم هو شريكه في مال الموصى له .

وما عن الشيخ — من أنّه لا يرث مطلقاً ، وإلاّ لاحتيج إلى قبوله ، ولا يكون وارثاً إلاّ بالقبول ، فيلزم الدور — فواضح الضعف ضرورة صيرورته وارثاً بقبول غيره ممّن هو الوارث حال موت الموصى له لأنّه هو المعتبر قبوله ، لا من تجدّد ارثه ، كما هو واضح

نعم لو كان الوارث واحداً فلا إرث له ، وإن انعتق على الوارث لو قبل ، لعدم موضوع الإحتياج إلى القسمة الّذي هو شرط ارثه ، كما هو محرز في محلّه ، هذا كلّه بناء على ما ذكرناه من أنّ قبول الوارث ناقل من حينه ، ولو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به في ملك الموصى له حين موت الموصى ، اتّجه حينئذٍ انعتاقه على أبيه ، وإرثه لأُمّه وانعتاقها عليه كما هو واضح.

هذا كلّه إذا كان للموصى له وارث خاص ، فإنّه كما عرفت يقوم مقامه ، أما إذا لم يكن ففي محكي التنقيح أن الأكثر رجوع المال حينئذٍ إلى ورثة الموصى ، وفي الدروس نسبته إلى المعظم ، وفي المصابيح إلى الشيخين والفاضلين ، ولعلّه للإقتصاد فيما خالف الأصل على المتيقن ، وهو الوارث الخاص ، لكن فيه أن في الصحيح ، أو الحسن[1] «فإن لم تجد فتصدّق به» وعن السرائر أنّه لإمام المسلمين ، وهو متّجه لولا الشذوذ الّذي اعترف به في الدروس .

اللّهمّ إلاّ أن يمنع عليه باعتبار الأكثر الوارث الشامل له عليه‌السلام و الأمر بالتصدق به في الصحيح المزبور الّذي افتى به الصدوق وابن سعيد على ما قيل لا ينافيه ، بل يؤكّده باعتبار أنّ المال له ، وقد أذن بالصدقة به ، بل في مصابيح الطباطبائي أن بذلك يحصل التوافق بين قول ابن ادريس وقول الصدوق وابن سعيد ، ثمّ قال : وهو الأقوى ، هذا .

ومن الغريب ما حكاه فيها عن بعض شراح الحديث أنّه قد استفاد من نصوص المقام أن

---

(١) الوسائل الباب — ٣٠ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ٢ .

الوصيّة للأنبياء والأئمّة عليهم‌السلام تصرف إلى أولادهم وذريّتهم ، لأنّها دلت على انتقال حق القبول إلى الوارث إذ لا يخفى ما فيه ، من أن مورد الأخبار وجود الموصى له حال الوصيّة ، فلا يتعدى إلى غيره .

﴿ ولا تصحّ الوصيّة ﴾ بصرف مال مثلاً ﴿ في معصية ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به غير واحد ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، كما أنّه يمكن منع اندراجه في أدلة المقام فيبقى على أصالة المنع مضافاً إلى عدم امكان تنفيذها ، فهي كالوصيّة بغير المقدور ، لأن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً ، وإلى ما كان منها مندرجاً في المعاونة على الإثم المنهى عنها في الكتاب العزيز[1] كمساعدة الظالم على ظلمه — ونحوها بل قد يقال : إنّ الوصيّة بصرف المال في المعصية معصية ، ضرورة كونها كبذل المال فيها وإن تولّى الصرف غير الباذل ، وإلى الخبر[2] «سألت أبا جعفر عليه‌السلام عن قول الله تعالى «فمن بدّله بعدما سمعه» الآية فقال : نسختها الّتي بعدها «فمن خاف من موصٍ جَنفاً أو اثماً» قال : يعني الموصى إليه أن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق فلا إثم عليه أي على الموصى إليه أن يبدله إلى الحقّ ، وإلى ما يرضي الله تعالى به من سبيل الحق» .

ونحوه المرسل[3] المضمر عنه عليه‌السلام «أنّه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغير الوصيّة إذا لم تكن بالمعروف وكان فيها جنفاً ويردّها إلى المعروف ، لقوله تعالى «فمن خاف من موص جنفاً أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه» وإلى غيره ممّا يستفاد منه عدم صحّة الوصيّة بغير الحق ، والظاهر إرادة التخصيص من النسخ في الخبر الأوّل ، كما أن الظاهر إرادة ما لا ينافي البطلان من التبديل إلى الحق ، لا أن المراد تبديل الوصية بتعمير الكنيسة مثلاً إلى تعمير المسجد ، والوصيّة بإعانة الظّالم على ظلمه إلى إعانة المطيع من حيث هو كذلك ، ضرورة عدم الدليل على ذلك ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، وإن كان قد يتوهم من ظاهر الخبرين ، إلا أنّه بمعونة الإتفاق ظاهراً على خلاف — ، ذلك يمكن حمله على إرادة الوصية بالثلث أولاً مثلاً ثمّ الوصيّة بخلاف الحقّ ،

(١) سورة المائدة الآية — ٢ .
(٢ و ٣) الوسائل الباب — ٣٨ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ١ — ٢ .

بعين لزيد ثمّ بها لعمرو ، بل يشتركان فيها .

وفيه : مع بطلان القياس منع الحكم في المقيس عليه ، ضرورة التضاد بينهما لامتناع حصول الملك لكلّ منهما ، والطارية رافعة لحكم الأولى عرفاً بل شرعاً ، لأنّ العمل بالوصيّة واجب ولا يمكن إلاّ بالرجوع عن الأولى المشروع في نفسه بخلاف الثانية .

نعم لو نص على التشريك أو دلت عليه قرينة عمل به ، بل في جامع المقاصد «وكذا لو دلت قرينة على صدور الوصيّة الثانية لنسيان الأُولى ، وأنّه لم يرجع عنها فإن العمل بالأُولى حينئذٍ وإن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف .

نعم لو قال : من تركتي لم يكن رجوعاً على الأقوى ، لأن الموصى به من جملتها ، ودعوى اختصاصها بما كان حقاً للوارث بالإرث ممنوعة .

ولو أوصى له بألف ، ثمّ أوصى له بألف في القواعد هي واحدة ، وكذا بألف معيّنة ثمّ بألف مطلقة وبالعكس ، ولو أوصى بألف ثمّ بألفين ، فهي ألفين ، ووافقته عليه في جامع المقاصد و لكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينة ، لإصالة التعدد في الإستثناء الّذي لا يتصوّر في تكراره التأكيد . نعم هو كذلك في الإقرار فتأمّل جيداً .

وعلى كلّ حال فالرجوع يتحقّق بذلك ﴿ أو بفعل ما ينافي الوصية ،فلو باع ماأوصى به ﴾ أو اعتقه ﴿ أو أوصى ببيعه ، أو وهبه وأقبضه أو رهنه ﴾ كذلك أو كاتبه ﴿ كان رجوعاً ﴾ لاقتضاء البيع والهبة مع القبض والعتق نقل الملك وإزالته المنافى كلّ منهما لبقاء الوصيّة ، والرهن منع الراهن من التصرف وتسلط المرتهن على استيفاء حقه من القيمة المنافي لمقتضى الوصيّة الّذي هو الملك تاماً بالموت والقبول ، وليس هو كالوصيّة بالمرهون المنزلة على إرادة العهدية على تقدير الفك ، وافضاء الكتابة إلى انقطاع السلطنة عليه ، الّتي من جملتها الوصيّة به وما عن بعض العامة – من أن البيع ليس رجوعاً ، لأنّه يتضمّن أخذ البدل – واضح الضعف .

إنّما الكلام في اقتضاء هذه الأُمور الرجوع – للتنافي ، بل هو في الحقيقة ليس رجوعاً ، بل بطلان للوصية بانتفاء محلّها انتقاله عن ملك الموصى ، ومن هنا يتّجه البطلان حتّى لو صدر

الوصيّة به ، وبذلك يفرق بين المعابد وغيرها ، كالقنطرة والخان ، و نحوهما وبين كتابة التوراة مثلاً للنقض وغيره ، وقد تقدّم في الوقف في نظير المسألة ما له نفع في المقام ، بناء على اعتبار القربة فيه ، فلاحظ ولا فرق في ذلك كلّه بين المسلم والكـافر المشتركين في الفروع عندنا .

نعم قد أمرنا باقرار أهل الذمة منهم على ما عندهم من الأحكام ، وليس ذلك حكما بالصحّة ، وبه يجمع بين من أطلق البطلان كالماتن ونحوه ، وبين من خصّ ذلك بما إذا كان الموصى مسلماً ، والأمر سهل .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد عرفت فيا تقدم أن ﴿ الوصيّة عقد جائز من طرف الموصي ﴾ فله الرجوع بها حينئذٍ ﴿ ما دام حيا ، سواء كانت بمال أو ولاية ﴾ بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه ، بل النصوص فيه مستفيضة أو متواترة .

لكن اطلاق العقد عليها بناء على اعتبار الموت في صحّة قبولها نوع مسامحة ، إذ هي ما دام حياً ليست إلاّ إيجاباً ، أما بناء على صحّته منه في الحياة ووقع منه فصدق العقد عليها حقيقة ، ولعلّ ذلك هو المراد للمصنف ، ويستفاد حكم الإيجاب وحده حينئذٍ بطريق وإن كان قد عرفت فيا تقدّم الإشكال في كونها من العقود المتعارفة من غير هذه الجهة ، وتأمل .

وخصّ الموصى مع أن حكم الجواز مشترك بينهما في الجملة ، لبيان أنّها بالنسبة إليه لا تكون إلاّ جايزة ، سواء حصل لها قبول أو لا ، بخلافها بالنسبة إلى الموصى له ، فإنّها قد تكون جائزة كما في حال الحياة حصل منه قبول أو لا ، وبعد الوفاة قبل القبول أو بعده قبل القبض ، بناء على اعتباره في الملك ، ولازمه بعد الوفاة والقبول والقبض ، أو الأولين فقط بناء على عدم اعتبار القبض في الصحة واللزوم ، كما هو الأصح على ما عرفته سابقاً والله هو العالم .

﴿ ويتحقق الرجوع ﴾ من الموصى ﴿ بالتصريح ﴾ به لفظاً بلا خلاف نحو رجعت أو نقضت ، أو فسخت ، أو لا تعطوه ما أوصيت به له ، أو بما يفيده ظاهراً أيضاً نحو : هذا لوارثـي ، أو ميراث عني أو حرام على الموصى له ، أو نحو ذلك ممّا يستلزم بطلان الأولى ، خلافا لبعض الشافعية ، فلم يبطلها بالمثال الأول ، قياساً على عدم البطلان فيا لو أوصى

بعين لزيد ثمّ بها لعمرو ، بل يشتركان فيها .

وفيه : مع بطلان القياس منع الحكم في المقيس عليه ، ضرورة التضاد بينهما لامتناع حصول الملك لكلّ منهما ، والطارية رافعة لحكم الأولى عرفاً بل شرعاً ، لأنّ العمل بالوصيّة واجب ولا يمكن إلاّ بالرجوع عن الأولى المشروع في نفسه بخلاف الثانية .

نعم لو نص على التشريك أو دلت عليه قرينة عمل به ، بل في جامع المقاصد «وكذا لو دلت قرينة على صدور الوصيّة الثانية لنسيان الأُولى ، وأنّه لم يرجع عنها فإن العمل بالأُولى حينئذٍ وإن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف .

نعم لو قال : من تركتي لم يكن رجوعاً على الأقوى ، لأن الموصى به من جملتها ، ودعوى اختصاصها بما كان حقاً للوارث بالإرث ممنوعة .

ولو أوصى له بألف ، ثمّ أوصى له بألف ففي القواعد هي واحدة ، وكذا بألف معيّنة ثمّ بألف مطلقة وبالعكس ، ولو أوصى بألف ثمّ بألفين ، فهي ألفين ، ووافقته عليه في جامع المقاصد ولكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينة ، لإصالة التعدد في الإستثناء الّذي لا يتصوّر في تكراره التأكيد . نعم هو كذلك في الإقرار فتأمّل جيداً .

وعلى كلّ حال فالرجوع يتحقّق بذلك ﴿ أو بفعل ما ينافي الوصية ،فلو باع ماأوصى به ﴾ أو اعتقه ﴿ أو أوصى ببيعه ، أو وهبه وأقبضه أو رهنه ﴾ كذلك أو كاتبه ﴿ كان رجوعاً ﴾ لاقتضاء البيع والهبة مع القبض والعتق نقل الملك وإزالته المنافى كلّ منهما لبقاء الوصيّة ، والرهن منع الراهن من التصرف وتسلط المرتهن على استيفاء حقه من القيمة المنافي لمقتضى الوصيّة الّذي هو الملك تاماً بالموت والقبول ، وليس هو كالوصيّة بالمرهون المنزلة على إرادة العهدية على تقدير الفك ، وافضاء الكتابة إلى انقطاع السلطنة عليه ، الّتي من جملتها الوصيّة به وما عن بعض العامة — من أن البيع ليس رجوعاً ، لأنّه يتضمّن أخذ البدل — واضح الضعف .

إنّما الكلام في اقتضاء هذه الأُمور الرجوع — للتنافي ، بل هو في الحقيقة ليس رجوعاً ، بل بطلان للوصية بانتفاء محلّها انتقاله عن ملك الموصى ، ومن هنا يتّجه البطلان حتّى لو صدر

ذلك منه نسياناً للوصيّة ، أو الدلالة على قصد الرجوع ، نحو ما ستسمعه من التعريض لما هو مناف للوصية وتظهر الثمرة حينئذٍ في البطلان بما أوقعه من البيع ، وإن ظهر فساده ، لكن ستعرف المناقشة في دلالة ذلك ونحوه على إرادة إنشاء الرجوع .

وأما الوصية ببيعه فالظاهر الرجوع بها لمنافاتها لمقتضى الوصيّة الأولى الّذي هو الملك بالموت فهو كالوصيّة به لزيد ، ثمّ الوصيّة به لعمرو ، الّذي قد عرفت الكلام فيه .

لكن في المسالك إنّها من فعل ما يدل على إرادة الرجوع – نحو مقدمات الأُمور الّتي لو تحققت لناقضت الوصيّة كالتعريض للبيع ونحوه مما هو ناقل للملك أو مزيل له نعم لو دلّت قرينة على عدم إرادة الرجوع بذلك وأنّه لغرض آخر عمل عليها وإلاّ – حمل على الرجوع عملاً بظاهر حال العاقل ، وقد جعل منه الهبة قبل القبض ، وكذا الرهن بناء على اعتباره فيه .

وفيه أنّ أقصى ذلك كون الموصى قد قصد شيئاً لو تحقق لأبطل الوصيّة قهراً ، ولا دلالة في ذلك على إرادته انشاء الرجوع ، بعد احتماله وجوها متعدّدة ، ودعوى ظهور حاله في ذلك ممنوعة ، ولو سلّم فلا دليل على صحته في مثل المقام .

نعم قد يقال : إنّ الهبة قبل القبض والرهن كذلك من المنافى فإنّها وإن لم يحصل بهما الملك والرهن ، إلاّ أن الأعداد لذلك مناف أيضاً فإن الموصى به ينافيه تعلق عقد الهبة به مثلاً ، فيكون حينئذٍ من القسم الأوّل ، مع أنّه لا يخلو من نظر أو منع أيضاً خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الوصيّة .

﴿ وكذا ﴾ النظر فيما ذكره غير واحد أنّه به يتحقق الرجوع و هو ﴿ لو تصرف في ﴾ الموصى بـ ﴿ ـه تصرفاً أخرجه عن مسماه ، كما إذا أوصى بطعام فطحنه أو بدقيق فعجنه أو خبزه ﴾ لأنّه كتلف محل الوصيّة المقتضى لبطلانها من غير حاجة إلى قصد ، بل لو وقع ذلك نسياناً منه أبطلها ، بل الظاهر كونه كذلك أيضاً إذا وقع لا بفعله ، فإنه وإن كان جيّداً لكن ينبغي تقييده بما إذا علم أن الموصى به من حيث كونه مسمى باسم خاص ، بخلاف ما إذا علم كون الوصيّة به من حيث الذات التي لا تبطل الوصيّة بها حينئذٍ مع تغيّر حقيقتها ، فضلاً عن تغيير أحوالها الّتي تتغيّر به أسماؤها أما إذا لم يعلم الحال كما لو اقتصر على حنطتي مثلاً لزيد بعد

وفاتي ، فهو وإن كان قاعدة دوران الحكم مدار الإسم تقتضي بطلان الوصيّة بانتفائه ، نحو قول السيّد لعبده آتني بحنطة ، فإنّه لا يمتثل باتيان الدقيق ، لكن قد يقال : أنّ ظاهر التمليك عرفاً يقتضي تعلّقه بمسى الإسم ، لا من حيث التسمية به ، وحينئذٍ يكون المتّجه عدم بطلانها بانتفاء الإسم ، من غير فرق بين أن يكون ذلك بفعله أولاً بفعله .

ودعوى ظهور الأوّل في الرجوع لا من حيث انتفاء الإسم ، بل من حيث أنّه لو كان باقياً على وصيّته لم يغيّره عن الحال الأوّل واضحة المنع .

ومن ذلك يظهر لك ما في كلام ثاني الشهيدين في المسالك وغيره الّذي لا يكاد يلتئم أطرافه ، فإنّه قد علل البطلان بانتفاء الإسم أوّلاً ، ثمّ اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الموصى ذلك لمصلحة العين لدفع الدور عنها ونحوه ، وبعدمه أيضاً لو كان قد فعله من غير إذنه ، مع أنّه إذا كان المدار انتفاء الإسم يتّجه البطلان مطلقاً .

نعم يتّجه الفرق بذلك لو كان منشأ البطلان دعوى دلالة الفعل المزبور على الرجوع ، وقد عرفت منعها ، كما أنّه بذلك يظهر لك أولوية عدم البطلان فيما لو علق الموصى وصيّته بإسم الإشارة ونحوه ، ممّا لم يذكر فيه الإسم ، فقال : هذه لزيد بعد وفاتي ، أو ما في البيت لزيد بعد وفاتي ، فإنّه لا إسم حينئذٍ قد علق عليه الوصية ، كي تنتفي بانتفائه بل لو جمع الإسم والإشارة أمكن الترجيح للثانية ، بالإستصحاب وغيره ، وإلى نحو ذلك أشار في التذكرة وإن توهم في جامع المقاصد والمسالك عليه أنّه في التذكرة يفرق بين الوصيّة بالمعيّن والمطلق ، فتصح الوصيّة بالأوّل وإن تغيّر الإسم ، بخلاف الثاني فإنَّ الوصية بالمعيّن والمطلق ، فتصح الوصيّة بالأوّل وإن تغيّر الإسم ، بخلاف الثاني فإنَّ الوصية تبطل بمجرد تغير ما عنده من أفراده لو كان ، وهو شيء لا ينبغي أن ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلاً عن العلامة خصوصاً البطلان في المطلق الّذي لا وجه له ، ضرورة وجوب تنفيذ الوصيّة على كلّ حال ، سواء كان في التركة له فرد وقد تغير ، أو لم يكن كما هو واضح هذا .

مع أنّه في التذكرة ما صدر منه إلاّ نحو ما في الكتاب ممّا هو ظاهر في المعيّن ، ولو باعتبار عود الضمائر كما اعترف به في المسالك بالنسبة إلى المتن وليس في كلامه التعرض للمطلق أصلاً .

نعم ذكر بعد ذلك ما قلناه من تعلق الوصيّة بإسم الإشارة ونحوه ، ثمّ قوى عدم بطلان الوصية فيه ، معللًا له بأنّه لا إسم كي تنتفي بانتفائه ، فلاحظ فتأمل .

﴿ وكذا ﴾ الكلام فيما ﴿ لو أوصى بزيت مثلاً فخلطه بما هو أجود منه ، أو بطعام فمزجه بغيره ﴾ كذلك ﴿ حتّى لا يتميّز ﴾ فإنّه أيضاً قد ذكر غير واحد كونه رجوعاً ، بل في المسالك ظاهرهم القطع بذلك لتجدّد وصف لم يحصل الرضا ببذله ، مع عدم إمكان الفصل ، ولكونه كالتلف ، ولدلالة هذا الفعل عرفاً على الرجوع .

لكن في الأوّل منع اقتضائه البطلان ، ضرورة بقاء عين الموصى بها في نفس الأمر ، وعدم تمييزها لا يقتضي بطلانها عرفاً ولا شرعاً ، ولا ينافي قبول تمليكها فإذا ملكها الموصى له شاركه بنسبة القيمة ، فلم يحصل وصف للموصى له ولم يوص به ، ودعوى كونه كالتلف كدعوى الدلالة واضحة المنع ولذلك اعترف غير واحد بعدم البطلان ، بالخلط بالمساوى والأردى ، معللًا له في المسالك في المزج بالأردى بكون القدر الناقص بمنزلة اتلاف الموصى له ، فيبقى الباقي على الإيصاء الأوّل ، وبعدمه أيضاً لو خلطه غيره بغير إذنه ، أو اختلط بهيلان لنفسه ونحوه ، ولو كان ذلك تلفاً لم يفرق بين الجميع كما أنّه لو كان فيه دلالة على الرجوع لم يفرق بين الأجود وغيره ، والمتّجه عدم اقتضاء شيء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينة تدلّ عليه ، ويشارك الموصى له بنسبة القيمة في الأجود والأردى ، من غير فرق في ذلك بين كون الموصى به زيتاً معيناً أو طعاماً كذلك أو صاعاً من صبرة معيّنة فمزجها بغيرها .

وبذلك يظهر ما في كتاب من كتب الأصحاب حتى الفاضل في القواعد الظاهر منه الفرق بين المعين ، والصاع من الصبرة ، والخلط في الأوّل مطلقاً رجوع بخلاف الثاني ففيه التفصيل المزبور وهو غريب .

وكذا يظهر لك الوجه فيما في غير كتاب أيضاً من قول ﴿ أما لو أوصى بخبز فدية فتيتاً لم يكن ﴾ ذلك ﴿ رجوعاً ﴾ بناء على ما ذكرناه . نعم قد يشكل ذلك بناء على ما سمعته منهم ، ضرورة تغير الإسم بذلك ، اللّهمّ إلاّ أن يفرض عدم تغيّره ، بأن يقال له خبز مدقوق ، أو يدّعي أنّ مثل هذا الفعل لا يقتضى الرجوع ، بخلاف الأفعال السابقة .

لكن الأخير كما ترى ، فإن الدق كالطحن والعجن ونحوهما ممّا يقتضي إرادة الإنتفاع به

للأكل ونحوه ممّا ينافي الإستمرار إرادة الوصيّة فإن كان مثل ذلك يقتضي الرجوع فهو في الجميع ، وإلاّ فلا ، وإن كان قد يمنع دلالة ذلك على إرادة الأكل ونحوه ، وبعد التسليم قد يمنع اقتضاء ذلك إنشاء الرجوع والفسخ للوصيّة ، فإنّه يمكن اجتماع الإستدامة عليها مع هذه الإرادة ، إلاّ إذا كان المقصود إبطالها بالأكل أو لم يخطر له ذلك بباله .

وبالجملة الفسخ كالعقد لا بدّ له من إنشاء إرادة له سواء كان بفعل أو قول ، فتأمل جيّداً فإنّه دقيق ، ومنه ينقدح لك النظر في كثير من كلماتهم في المقام بل من التأمل فيما ذكرناه هنا تعرف ما في كثير ممّا أطنبوا به من الأمثلة وغيرها ، ولو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد بعين ثمّ لعمرو بأخرى وقصر الثلث ، ثمّ أوصى بالأولى لبكر ، فالأقرب تقديم وصيّة عمرو على الوصيّة لبكر لتقدّمها عليها فيدخل النقص على المتأخّرة ، وإن كان لولا رجوعه عن الأولى لكان النقص عليها لأنّها المتأخّرة والله هو العالم .

الفصل ﴿ الثاني في الموصي : ويعتبر فيه كمال العقل ﴾ الجاري مجرى غالب العقلاء ﴿ والحرية فلا تصحّ وصيّة المجنون ﴾ مطبقاً كان أو ادواراً ، إذا كان قد أوصى حاله ، بلا خلاف ولا إشكال لسلب عبارته .

نعم لا تنفسخ بعروضه كالإغماء ونحوه ممّا لا عقل معه ، وإن استمر إلى الموت للأصل وكونها عقداً جائزاً لا يقتضي مساواتها له في كلّ شيء ، ولذا كان الموت محققاً لها من طرف الموصي لا فاسخا بخلاف باقي العقود الجائزة ، وتصريح الأصحاب بصحة وصيّة ذوي الأدوار كالنص على الصحّة ، وإن تعقب الجنون ، على أن الأصحاب إنّما اشترطوا العقل لا استمراره ، بل صرّح بعضهم كثاني الشهيدين والمحققين بعدم اشتراطه ، بل عن الأوّل منهما أنّ في صحيح أبي ولاّد تنبيها على ذلك ، مريداً به ما روى عن الصادق عليه‌السلام [1] في وصيّة القاتل لنفسه ، إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً إلى آخر ما تسمعه إن شاء الله ، باعتبار ظهوره في صحّة الوصيّة مع تعقبها بالفعل المانع من التصرف ، فكذلك غيره من الموانع ، ولا بأس به ، وإن كان العمدة ما عرفت معتضدا بالإجماع في مصابيح العلامة الطباطبائي على عدم البطلان بعروض الجنون والإغماء ، سواء استمر إلى الموت أو انقطع .

(١) الوسائل الباب ـ ٥٨ ـ من أبواب أحكام الحديث ـ ٢ .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ تصحّ وصيّة ﴿ الصبي ما لم يبلغ عشرا ﴾ لعدم كمال العقل فيه قبل ذلك غالباً ﴿ فإن بلغها فوصيّته جايزة في وجوه المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر ، إذا كان بصيراً ﴾ عاقلاً بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل نسبه بعضهم إلى الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع ، بل في ظاهر محكي الغنية أو صريحه دعواه ، عليه لإطلاق أدلّة الوصيّة وعمومها .

وقول الصادق عليه‌السلام في صحيح عبدالرحمن وخبره [1] «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته» .

وفي صحيح أبي بصير [2] «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته» الحديث .

وفي موثق منصور بن حازم [3] جواب سؤاليه عن وصيّة الغلام «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» .

وقول أبي جعفر عليه‌السلام في صحيح زرارة [4] الذي رواه المشايخ الثلاثة «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز فيما له ما أعتق أو تصدق على حدّ معروف و حق فهو جائز» وغير ذلك ، وهي وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى العقد ، لكن الإجماع على اعتباره كاف في تقييدها به ، مع أنّه يمكن ترك ذلك فيها لغلبة حصول العقل له في المدّة المزبورة ، مضافاً إلى اشعار قوله في حد معروف وحقّ به .

وإلى موثق أبي أيّوب وأبي بصير [5] عن الصادق عليه‌السلام «في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال : إذا أصاب موضع الوصية جازت» .

وقول أحدهما عليهم‌السلام في موثق [6] ابن بكير «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيّته ، وإن لم يحتلم ، وإطلاقه بالنسبة إلى العشر لا ينافي التقييد بالعقل فيه ، كما لا ينافي بالعشر الّتي تضمنته النصوص السابقة المعتضدة بما عرفت ، الّذي لا يقدح في صحتها بالنسبة إلى المطلوب اشتمال بعضها على ما لا نقول به ، فيقيد بها الموثق المزبور ، وبالجميع يخصّ ما دلّ على سلب عبارته ، ولا حاجة إلى تكلف دعوى عدم شمول تلك الأدلّة لما بعد الوفاة الّتي من

(١ - ٥) الوسائل الباب -٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢ و ٣ و ٧ و ٢ و ٥
(٦) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الطلاق الحديث الإستبصار ج ٣ ص ٣٠٢ .

الواضح منعها ، كمنع دعوى جواز وصيته باعتبار كونها عبادة ، وهو غير محجوز عليه بالنسبة إليها ، بناء على شرعيتها .

إذ فيها أوّلاً : منع الشّرعيّة ، وثانياً : منع شرعيّتها إذا كانت بمال ، فليس له أن يؤدي زكاته المستحبّة ولا الصدقة ولا الوقف ولا العتق لسلب عبارته .

ومن الغريب ردّ ابن ادريس هذه الأخبار ، مع أنه يدعي غالباً قطعية ما هو أقل منها عددا وعملاً ، وأغرب منه موافقة جماعة من المتأخّرين له ، ممّن لم يوافقه على عدم العمل بأخبار الأحاد على ذلك ، وما في المسالك «من أنّها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها ، وإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل» .

لا يخفى ما فيه على الناظر فيها ، بعد الإحاطة بما ذكرناه .

﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن الجنيد ﴿ تصحّ ﴾ وصيته ﴿ وإن بلغ ثمان ﴾ يا من السنين ﴿ و ﴾ هو وإن كان لا يخلو من وجه لكن ﴿ الرواية به ﴾ الّتي استند إليها ﴿ شاذة ﴾ .

وهي خبر الحسن بن راشد [1] عن العسكري عليه‌السلام «إذا بلغ الغلام ثماني سنين فجائز أمره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود ، وإذا تم للجارية سبع سنين فكذلك» على أن ظاهرها حصول البلوغ لها من غير فرق بين الوصيّة وغيرها ، وقد قيل إنّه مخالف لإجماع المسلمين وأخبارهم .

نعم لو كان مدركه أنّه مع فرض بلوغ الصبي العقل المتعارف لغالب الأولاد لم تكن للعشر خصوصيّة وإن قيّد بها في تلك النصوص ، إلاّ أنه جار مجرى الغالب ، فلا تصلح للتقييد ، ولذا جعل المدار في غيرها على العقل وعلى إصابة موضع الوصيّة وحينئذٍ فتجتمع جميع النصوص على ذلك ، إلاّ أن المتّجه حينئذٍ عدم التقييد بالثمان أيضاً ، كما عساه يشهد له قول الصادق عليه‌السلام [2] «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته ،

---

(١) الوسائل الباب — ١٥ — من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث — ٣ .

(٢) الوسائل الباب — ٤٤ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ١

وإذا كان ابن سبع سنين فأوصى في ماله بشيء في حقّ جازت وصيته» وعن الفقيه ابدال الشيء باليسير ، ولعل المراد به الأقل من الثلث ، على أنّه مخالف للإجماع بحسب الظاهر ، ولذلك أمكن إرادة التقييد به ، وإن سلّم كون الغالب ، إلاّ أنّه لعلّ الشارع لاحظ الغالب في التحديد والتقييد ، إلحاقاً للنادر بغيره في الحكم ، كما هو المعروف في قواعد الشرع وقوانينه .

وعلى كلّ حال فلا ريب أن الأقوى المشهور ، وأما القول بالتفصيل بين الأقارب وغيرهم الّذي قد يتوهّم أنّه أشار إليه المصنّف بالتنصيص على عدم الفرق ، فلم يتحقق القائل به ، وإن رواه ابن مسلم في الصحيح [1] «سمعت أبا عبد الله عليه‌السلام يقول : إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيّته ، لأولي الأرحام ولم يجز للغرباء» .

ولعلّ الإشارة بالتنصيص إليه ، لكن لقصوره عن تقييد ما عرفت من وجوه ، يمكن حمله على إرادة بيان عقله وتمييزه بذلك ، بل لعلّ تقييد وصيّته بالمعروف مشعر بذلك بناء على إرادة الراجح شرعاً منه ، كبناء القناطر والمساجد وصلة الأرحام ونحو ذلك ، ويمكن إرادة الوصيّة الجائزة الجارية مجرى وصايا العقلاء ، كما أومى إليه بقوله صلى‌الله‌عليه‌وآله «إذا أصاب موضع الوصيّة» بل وبقوله «حق» المراد منه ما قابل الباطل الّذي هو مظنّة الصّبا ، والله العالم .

وكذا لا تصحّ وصيّة المملوك بما في يده من الأعيان ومطلقا بناء على أنه لا يملك أصلاً حتى مع إجازة السيد لخروجها عن موضع الوصية ضرورة كونها كقول مال زيد لعمرو بعد وفاتي ، بل ولا من الفضولي الّذي هو الوصيّة عن زيد بعد وفاته ، لا وفاة غيره ، بل وعلى غيره للحجر عليه الشامل لهذا التصرف قطعاً ، ولو بملاحظة ما دلّ من النصوص على جواز وصيّة المكاتب بمقدار ما أُعتق منه .

نعم لو أجاز له مولاه صحّ بناء على ملكه ، بل وكذا لو زال الرق وفرض بقاء ماله الموصى به على ملكه حتّى مات ، قد يحتمل البطلان كبيع المرهون ثمّ فكّ ، بناء على عدم الصحّة فيه ، لكن قد عرفت البحث فيه في محلّه .

---

(١) الوسائل الباب ـ ٣٣ ـ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ـ ٣.

أما لو ارتفع الرقّ عنه بعد الإيصاء منه وقد ملك بعد عتقه مثلاً ما تنفذ فيه وصيّته ، فوجهان – من إطلاق تنفيذ الوصيّة وكونه غير مسلوب العبارة فهو كالمعسر حال الوصيّة الموسر حال الموت ، وإطلاق ما دلّ على نفوذ وصيّة المكاتب بقدر ما تحرّر منه ، وعدم ثبوت اشتراط صحّة الوصيّة بعدم المانع من نفوذها غير الموت – ومن وقوع الإيجاب عنه وهو رق ، واطلاق قوله لا وصيّة لمملوك والتعليق في المعنى في الوصيّة ، بغير الموت – أقويهما الأوّل لما عرفت مع عدم ثبوت اعتبار الحرّية حين إيجاده عبارة الوصية بل لعل الثابت خلافه ، كما سمعته في إطلاق روايات المكاتب كما أن المعتبر في الوصيّة الملك حين الوفاة ، لا حين الإيقاع ، والخبر المزبور مع عدم جمعه لشرائط الحجيّة ظاهر في غير الفرض ، وعدم قدح معنى التعليق الّذي هو كقوله إن كانت زوجتي فهي طالق ، بل في القواعد وغيرها لو قال العبد : متى اعتقت ثمّ متّ فالأقرب الجواز ، ولعله لأن قوله هذا لزيد بعد وفاتي إن متّ حرّاً ، بمنزلة قوله إن متّ في سفري أو مرضي ، بل لا يبعد صحّة التعليق على الملك في المشخص أو المطلق وإن كان لا يخلو من نظر ؛ سيّما الأوّل ، كالنظر في صحّة الوصية بعين للغير ثمّ ملكها بعد ذلك هذا كلّه في الوصيّة التمليكيّة للمشخّص أو المطلق .

أما العهديّة كالوصيّة بالدفن في مكان مخصوص ونحوه ممّا لا يحتاج إلى صرف مال فوجهان أيضاً كالوجهين في وصيّة السفيه بالمعروف أو مطلقاً ، بل القولين إلا أن الأقوى فيه عدم جوازها ، لعموم أدلة الحجر عليه ، ودعوى اختصاصها في حال الحياة واضحة المنع ، لكن في جامع المقاصد «أن المشهور الجواز» بل عن ظاهر الغنية الإجماع على ذلك ، فإن تم فهو ، وإلاّ كان الأقوى ما عرفت .

وأما المفلس فالأقوى جواز وصيّته ، لعدم معارضتها لحق الغرماء ، لأنّها من الثلث الذي لا يكون إلاّ بعد وفاة الدين كما هو واضح .

﴿ ولو جرح ﴾ مثلاً ﴿ الموصي نفسه ﴾ عمداً ﴿ بما فيه هلاكها ﴾ أي أحدث ذلك بها ليموت ﴿ ثمّ أوصى ﴾ بشيء من ماله ﴿ لم تقبل وصيّته ﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده ، بل عن الايضاح نسبته غير مرّة إلى الأصحاب مشعراً بالإجماع عليه .

لصحيح أبي ولّاد[١] المرويّ في الكتب الثلاثة عن الصادق عليه‌السلام «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنّم خالداً فيها ، قلت : أرأيت إن كان أوصى بوصيّة ثمّ قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيّته فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت اجيزت وصيّته في الثلث ، وإن كان أوصى بوصيّة بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو فعل لعلّه يموت لم تجز وصيته» .

فما عن ابن ادريس من صحّة وصيته واضح الضعف على أُصولنا ، وإن نفى عنه البأس في محكي المختلف واستحسنه في محكي الروضة وايضاح النافع ، وكذا المسالك إلاّ أنّه كما ترى اجتهاد في مقابلة النص ، المعمول به الجامع لشرائط الحجية والعمل بل وكذا ما في القواعد ، ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجها وأغرب من ذلك قوله فيها أيضاً : وتحمل الرواية على عدم استقرار الحياة على اشكال ؛ إذ هو كما ترى .

﴿ نعم لو أوصى ، ثمّ قتل نفسه قبلت وصيته ﴾ على حسب وصيّة غيره ، بل لا اشكال كما لا خلاف أجده فيه ، للصحيح السابق مضافاً إلى الأصول والعمومات ، ولا يقاس الأوّل عليه ، لحرمته عندنا ، مع امكان ابداء الفرق بأن الأوّل بفعله ذلك بنفسه كان كمن زال عقله ،لا تقبل وصيّته المتأخّرة بخلاف الثاني الّذي هو كمن زال عقله بعد ايصائه ، بل ربما جعل وجه النص ذلك ، أو أن عدم القبول في الأوّل لكونه غير مستقر الحياة ، أو لأن الثلث بالنسبة إليه كالارث بالنسبة إلى غيره ممّن يحرم من الإرث بقتله الموروث عمداً ، فكذلك هذا ، يحرم من الثلث عقوبة ، والجميع علل بعد السماع ، وإن كان خيرها آخرها .

نعم ينبغي الاقتصار فيما خالف الأصل على المتقين ، وهو الوصيّة في الثلث ، أما غيره الّذي لم يستلزم وصيّته في الثلث كمكان الدفن والولاية على الاطفال ونحو ذلك فلا ، ومن فعل ذلك عمداً – دون الخطأ – وزجاء لأن يموت دون غيره ، من غير فرق في ذلك بين الجرح وغيره ، للصحيح المزبور ، فيندرج فيه من يقتل نفسه بالسمّ مثلاً .

(١) الوسائل الباب – ٥٢ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

لكن هل يلحق به من القى نفسه إلى التهلكة اشكال ، أقواه عدم اللحوق للأصل ، كما لا يلحق به من فعل ذلك بنفسه عمداً ليموت ، لكن لم يكن عاصياً لكون ذلك جهاداً في سبيل الله ، أو لأنّه غير مكلف ، ثمّ ارتفع المانع .

ومحل البحث ما لو مات بذلك ، أما لو عوفي منه فأوصى فلا اشكال ، بل لا يبعد صحّة وصيّته الأولى ، إذا كان قد بقي مستمراً عليها ، بناء على أن ذلك كالوصيّة المستأنفة وإن كان لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجرّد انشاء تمليك ، ولذا لو نساها ولم يجددها لم تنفذ ، على الأقوى لظهور الصحيح المزبور في عدم جواز وصيّته في الحال المفروضة وإن عوفي لكن على معنى عدم أثر للإيجاب المفروض ، دون المتجدّد بعد أن عوفي .

ودعوى صحّة الإيجاب في نفسه وإن كان لو مات في ذلك الجرح لم يترتب عليه أثر ، أمّا إذا عوفي منه ثمّ مات أثر أثره ، إذ هو بحكم المراعي - يدفعها ظهور إطلاق عدم الجواز الصحيح بخلافها .

نعم قد يقال : إن ظاهر الصحيح عدم الجواز من حيث كونه وصيّة للمجروح على حسب الأول من البرء منه أما لو أجاز الوارث فقد يقال بالصحّة ، لعموم الأدلّة ، أللّهمّ إلاّ أن يقال : إن إجازة الوارث تنفيذ ، كما ستعرفه في محلّه إن شاء الله ، وهو يتوقف على صحّة الوصية حتى يتّجه التنفيذ .

وفيه : منع الدليل على عموم عدم الصحّة على وجه لا تقبل التنفيذ ، بل لعلّ اطلاق ما دلّ على الصحّة مع إجازة الوارث يقضي بخلافه فلاحظ وتأمل هذا .

والظاهر عدم إلحاق التنجيز بالوصيّة ، وإن اتفق التعبير بها عنه في بعض الاحوال على ضرب من المجاز ، أللّهمّ إلاّ أن يقال : إن منع الشارع له من الوصيّة لعدم الثلث له فيمتنع التنجيز أيضاً ، لذلك ، بناء على أنّه منه ، لكن لا يخلو من نظر فتأمل جيّداً والله العالم .

﴿ ولا تصحّ الوصيّة بالولاية على الاطفال ، إلاّ من الأب أو ﴾ من ﴿ الجدّ للاب خاصّة ﴾ الثابته ولايتهما عليهم زمن الحياة على وجه لهما الوصيّة بها نصّاً وفتوى ، بل

اجماعاً بقسميه ، ولا ينافي ذلك انقطاعها حال عدم الوصيّة بها ، ضرورة كونها حينئذٍ كالثلث الّذي له الوصيّة به ، وإن لم يفعل لم يكن له شيء ، بخلاف الحاكم الخاص الّذي ثبتت ولايته عليهم من حيث الحكومة منهم عليهم‌السلام المقيّدة زمن الحياة ، فهو شبه الوكيل عن الإمام عليه‌السلام بالنسبة إلى ذلك ، فينعزل بالموت خصوصاً بعد أن كان النصب للصنف الّذي ثبت في حق الشخص باعتبار اندراجه فيه فإذا انعدم فرد ، قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعة الصنف الّذي قد نصبه إمام الأصل ولنحو ذلك لم يصحّ الوصيّة من الاب والجدّ له بالولاية مع وجود الآخر ولو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولاية للأب الصادق على كلّ منهما فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولاية الآخر بموته .

نعم لو كان الولاية منحصرة في أحدهما صحّ حينئذٍ الوصيّة بالولاية منه ، وليس هكذا الحاكم ، لأنّ إمام الأصل موجود في كلّ زمان ، ويتولّى الأمر عنه حينئذٍ حسبةً عدول المؤمنين فتأمل .

وليس لوصى أحدهما عليهم الوصيّة بالولاية أيضاً ، إذا لم يكن قد نص الموصى الأوّل عليه بذلك ، لأنّه كالوكيل عنه ، ينعزل بموته لا أقل من الشك فى كون ولايته الحاصلة له بنصب الأب أو الجد قابلة للايصاء بها ، والأصل العدم ، والاستصحاب لا محل له فى الفرض فترجع الولاية حينئذٍ إلى الحاكم .

﴿ ولا ولاية للأُمّ ﴾ بلا خلاف معتد به للأصل ﴿ فلا تصحّ الوصيّة منها حينئذٍ عليهم ﴾ خلافاً للاسكافى فجعل الولاية لها مع رشدها بعد الأب ، وضعفه واضح ، لعدم الدليل على ولايتها ، بل ظاهر الأدلة خلافه وكون الولاية ثابتة لها على ثلثها ، فلها اخراجه عنهم ، لا يقضى بثبوت الولاية لها عليهم ، بحيث لو أوصت بالثلث لهم على وجه يكون ملكا لهم ، أن تجعل امره إلى غير وليهم الشرعى لعدم القدرة لها على ذلك ، ضرورة رجوع ذلك إلى الشرع لا إليها ، والثابت منه ما عرفت .

وكذا الكلام فى وصيّة الأب مع وجود الجدّ وبالعكس ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو أوصت لهم بمال ، ونصبت ﴾ لهم ﴿ وصيّاً ﴾ عليه وعلى ثلثها وقضاء

ديونها ﴿ صحّ تصرّفه في ثلث تركتها ﴾ مما لم يرجع إلى الاطفال ﴿ و ﴾ كذا تصرّفه ﴿ في اخراج ما عليها من الحقوق ، ولم تمض على الأولاد ﴾ لما عرفته من عدم الولاية لها عليهم ، ولا فرق في ذلك بين أن يقع الايصاء منها بعبارة واحدة ، أو بعبارات متعدّدة ضرورة كون الوصيّة أوسع من البيع الّذي إذا تعلق بما يصحّ بيعه وما لا يصحّ ، فإنّه ينفذ في الأوّل دون الثاني ، وإن كان بصيغة واحدة كما هو واضح .

ولو أوصت بثلثها لأطفالها على أن يبقى بيد الوصي ثمّ يملكه لأطفالها بعد البلوغ أو أوصت به على أن يصرف عليهم ففي تسلط الوصي دون الأب حينئذٍ اشكال من عدم ملكيتهم للمال ، فلا تسلط لوليّهم عليه ، ومن كونه حقا لهم ، والولي مسلّط عليه كالمال ، وقد يفرق بين الأوّل والثاني ، ولعلّ الأقوى الأوّل لأنّه ولاية على التصرّف لا الطفل ، فهو كالوقف منها عليهم مثلا على أن يكون المتولي له غير الولي لا الوصيّة بذلك ، فالوقف على البالغ الرشيد والمتولي غيره ، وستسمع أنّ الوصيّة أوسع من غيرها فإن الوقف وإن كان هو على حسب ما يقفه أهله ، لكن الوصيّة تتعلّق بالمعدوم ونحوه وقد استدلّ الإمام عليه‌السلام بقوله «فمن بدّله» بالوصيّة للمجوس وغيرهم على وجه يظهر منه عموم مورد الوصيّة ، وأنه لا يجوز تبديله ما لم يعلم بطلانه فلاحظ وتأمل كي تعلم شمولها للفرض وغيره والتمليك على وجه مخصوص في الكبير الّذي لا ولاية لأحد عليه وغيره والله العالم .

الفصل ﴿ الثالث : في الموصى به ، وفيه اطراف ﴾

﴿ الأوّل : في متعلّق الوصيّة ، وهو إما عين ﴾ موجودة ﴿ أو ﴾ متوقّعة ، كحمل الدابة والجارية ونحوهما بل وإن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكنا ، وأما ﴿ منفعة ﴾ كذلك ولو حـقاً قابلاً للنقل والانتقال كحق التحجير .

﴿ و ﴾ على كلّ حال ﴿ يعتبر فيهما الملك ﴾ للموصي على معنى قابليّته لذلك وإن لم يكن مملوكاً فعلاً كما يومىء إليه التفريع ونحوه ﴿ فلا تصحّ بـ ﴾ ما لا يدخل في ملك أحد أصلا كـ ﴿ الخمر ﴾ الغير المحترمة ، بخلاف المحترمة كالمتخذة للتخليل ﴿ ولا ﴾ بـ ﴿ الخنزير ولا ﴾ بـ ﴿ كلب الهراش ﴾ بخلاف الكلاب

الاربعة ، والجرو القابل للتعليم الّتي هي مملوكة ولها منفعة مباحة ودية ، كما مر البحث فيها سابقاً ﴿ ولا ما لا نفع ﴾ معتد به ﴿ فيه ﴾ ولا بآلات اللهو ، ونحو ذلك من حيث كونها كذلك ملاحظاً اسمها لما عرفت من أنّ الوصيّة التمليكيّة قسم من العقود أو الاسباب المملكة ، فلا تتعلق بما لا يقبل الملك ، بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به في الرياض ، بل حكى فيه عن التذكرة الاجماع عليه وعلى جواز الوصية بالكلاب الأربعة معلّلا ذلك بان فيها نفعا مباحاً ، وتقر اليد عليه والوصية تبرع تصحّ في المال وغير المال من الحقوق ، وأنّه تصحّ هبته فتصح الوصيّة به كالمال ، قيل : ويستفاد منه جواز الوصية بكلّ ما فيه نفع محلل مقصود ، وإن لم يجز بيعه كالفيل ونحوه على القول بالمنع عن بيعه ، وبه صرح في التذكرة في المثال وغيره .

قلت : لعل ذلك كلّه لعموم أدلة الوصيّة ولذا جاز تعلّقها بالمعدوم الّذي هو غير قابل لتعلق صفة الملك به ، لولا الدليل حتى ما كان فيه غير معتاد الوجود ، وبالحقوق ونحوها ويمكن إرادة ما يشمل ذلك من الملك في المتن وغيره ، فتصبح الوصيّة حينئذٍ بالعين الّتي لا تدخل في الملك ، لكن للمستولى عليها حق اختصاص بها ، على معنى الوصية بذلك الحق الّذي للموصى ، وكذا حق التحجير .

نعم هي لا تتعلّق بما لا يقبل النقل من الحقوق لغير الوارث كحق القذف ونحوه ، ممّا يراد به التشفّي الّذي هو للوارث دون الموصى له ، ويخرج باعتبار الملك أيضاً ماكان ملكا للغير وإن أجاز بناء على عدم كون ذلك شبه الفضولي ، ضرورة كون ذلك وصيّة عن الغير بماله ، كما لو قال قائل : مال زيد لعمرو بعد وفاته ، ثمّ أجاز زيد لا أنّه يقول مال زيد لعمرو بعد وفاتي ، ثمّ يجيز زيد ، فإنّه لا دليل على مشروعيّة ذلك ، كما هو واضح .

والوصيّة بالأزيد من الثلث مع أن الحق كون الإجازة من الورثة تنفيذاً كما ستعرف ، بمعنى أنّه لا يدخل في ملك الوارث ، مع اجازته ، خارج بالدليل ، ولا يقاس عليه غيره ، فما عن الدروس من احتمال الصحة واضح الضعف ، وإن قواه بعض مشايخنا .

نعم عن التذكرة احتمال صحة الوصية بملك الغير إذا قيده بتملكه وفي القواعد ولو قال :

إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به الفقراء احتمل الصحّة لأنّه أولى من الوصيّة بالمعدوم مع أنّه لا يخلو من نظر أو منع يعرف مما قدمناه سابقاً ، وهو بطلان التعليق على غير الموت للوصية .

نعم قد يقال : بصحّته لو قال إن متّ مالكا لذلك فثلثه للفقراء مثلاً نحو ما سمعته في مثل إن متّ حراً وفي سفرى هذا قيل : وكذا يخرج باعتباره ما لا يقصد ملكه عادة لحقارته كفضلة الإنسان أو لقلّته كحبّة الحنطة ولعلّ ذلك ونحوه الّذي أشار إليه بقوله «ولا ما لا نفع » لكن قد يقال : إن ما لا نفع معتد به فيه غالباً إذا اتفق حصول النفع به يختص به من استولى عليه ، بل لعلّ حق الاختصاص به ثابت له مطلقاً لصدق الظلم على من انتزعه منه قهرا فتصحّ الوصية بهذا الحق ، بل مثل حبة الحنطة مملوكة قطعاً ، وإن كان لا يصحّ المعاوضة عليها للسفه المفقود في الوصية لعدم العوض فيها ، مع أنّه قد يحصل النفع بها للفخ ونحوه ، وبالجملة عمومات الوصيّة شاملة لذلك كلّه ، ولكلّ حقّ قابل للنقل ولو بصلح أو شرط سواء حرم التكسّب به أو لا . بل يظهر من كلام بعضهم شدّة التوسعة في الوصيّة حتّى أنّه ربما صححوا النقل بها لما لا يجوز نقله إلاّ بها كبعض المعدومات ، بل لعلّ الضابط فيها تعلقها بكلّ شيء الا ما علم خلافه ، كما شهد استدلاله عليه‌السلام بصحة الوصيّة للمجوس وغيرهم بقوله تعالى «فمن بدله » إلى آخره ولذا صحت بالمعدوم والمجهول حتّى مثل أحد العبدين وغير المقدور على تسليمه ، كالآبق ونحوه ، بل وما ليس ما لا ممّا فيه نفع معتد به ، كالزبل للتسميد المصرح به في قواعد الفاضل وغيرها ، ونحو ذلك ممّا يدلّ على التوسعة في متعلق الوصيّة ما لم يعلم العدم ، وإن كان بعضه لا يخلو من نظر ، بل صرّح في الدروس بالمنع من الوصيّة بالسرجين النجس ، والحشرات الّتي تقدم في المكاسب بعض الكلام في ثبوت حق أو ملك بالاستيلاء عليها مطلقاً أو حال الإحتياج إليها ، وكالوصيّة بحق الخيار مجرداً عمّا فيه الخيار ، فإنّه وإن كان يورث ، لكن انتقاله بالوصيّة أو غيرها من النواقل مشكل .

نعم يصحّ الصلح عنه اسقاطاً ، بل لو أوصى بالعين الّتي له الخيار فيها يشكل انتقال الخيار للموصى له ، لأنّه من توابع العقد دون العين ، وربما حكى عن بعض المحقّقين ممّن قارب عصرنا جواز نقل حق الخيار بالصلح مثلاً ، فيكون الثمن والمثمن لمن انتقل إليه الخيار ، وهو

مشكل من وجوه ، وكذا النظر في اعتبار بعض ما أوصى به ممّا ليس بمتقوم ، لعدم كونه مالا بالنسبة إلى الثلث فهل يفرض القيمة لها نحو فرض الحر عبدا أو يجعل قيمة منفعته قيمته ، أو يرجع إلى العدد وقد يحتمل عدم اعتبار الثلث في مثل الفرض ، حملا لما دلّ على ذلك على غير الفرض ، وإبقاء لعموم الوصيّة على حالها ، فلو فرض عدم مال له إلاّ ذلك نفذ الوصيّة من دون شيء للوارث ، بل ولا لذي الدين ، لأن الفرض عدم كونه مالا يتعلّق به الدين ، على وجه يكون وفاء عنه هذا ، وقد وقع للفاضل في القواعد في الفرض ونظائره ما هو محل للنظر أو المنع ، بل منه غير المنطبق على أصولنا فلاحظ وتأمل .

ثمّ إن اطلاق المصنف وغيره عدم جواز الوصيّة بالخمر والخنزير يقتضي عدم الفرق بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين ، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً ولعلّه كذلك ، لتكليف الكافر بالفروع كالمسلم ، وإن كنّا مأمورين باقرارهم والزامهم بما الزموا به أنفسهم ، ومعاملتهم على ما عندهم ، لكن ذلك كلّه لا يقتضي الصحّة ولعلّه بذلك يجمع بين العبارات والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يتقدر كلّ واحد منهما ﴾ أي العين والمنفعة ﴿ بقدر ثلث التركة فما دون و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصة ، إلاّ أن يجيز الوارث ﴾ بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل الإجماع بقسميه عليه ، والنصوص مستفيضة فيه أو متواترة .

فما عن عليّ بن بابويه — من عدم تقديرها بذلك ، بل لو أوصى بماله كله نفذ ، تمسكا بالرضوي[1] «فان أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصي انفاذ وصيّته على ما أوصى به » والخبر «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّه فهو جائز » وفي آخر[2] «رجل أوصى بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليه‌السلام فكتب إليه جعلت فداك رجل أوصى إليّ

---

(١) المستدرك ج ٢٣ ص ٥٢٣ مع اختلاف يسير .

(٢) الوسائل الباب — ١١ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —١٦ .

بجميع ما خلف لك ، وخلف ابنتى أُخت له ، فرأيك فى ذلك فكتب إليّ بع ما خلف وابعث به ، فبعت وبعثت به اليه فكتب إليّ قد وصل » ونحوه غيره مؤيدا كلّه ذلك بالاطلاقات .

واضح الضعف لقصور ذلك كلّه عن مقاومة ما عرفت ، من وجوه عديدة ، بل احتمل كون المراد من عبارة المخالف ومستنده أنّه يجب صرف المال الموصى به بجميعه على حسب ما أوصى ، من حيث وجوب العمل بالوصيّة وحرمة تبديلها ، بنص الكتاب والسنة حتّى يعلم فسادها وبطلانها ، ولوبالجور فيها على الوارث ، وارادة حرمانه عن التركة ، ومجرد احتمال ذلك غيركاف ، فإذا وقع من الموصى الوصيّة بأزيد من الثلث ولم يعلم الوجه فى ذلك ، ولعلّه كان لحق له عليه أو غيره وجب انفاذها ، وحرم تبديلها حملاً لها على الوصيّة النافذة ، وعملاً بتلك الاطلاقات ، ولأنّه أعلم بما فعل ، هذا غير جواز الوصيّة بالزيادة على الثلث تبرعا ، الّذي هو محل البحث ، فيكون الحاصل وجوب انفاذ الوصيّة ، وإن زادت حتى يعلم أنّها وقعت تبرّعاً ، فتتوقّف حينئذٍ على الإجازة ، وفى الرياض أن هذاالتوجيه وإن لم يكن ظاهراً من عبارته فلا أقل من مساواة احتماله ، لما فهموه منها ، فنبستهم الخلاف إليه ليس فى محلّه ، وعليه لبّه في التذكرة فلا خلاف من أحد حينئذٍ في المسألة .

قلت : لكن قد يقال أولاً بمنع المحمول عليه ، لعدم مشروعية صورة تصح فيها الوصيّة الّتي هي بمعنى التمليك بعد الموت بازيد من الثلث ، من دون اجازة الوارث حتّى في صورة النذر واخويه ، لظهور الادلّة فى اشتراط صحّة الوصيّة بعدم الزيادة على الثلث إلاّ مع امكان اجازة الوارث ، فلا ينعقد النذر على غير المشروع ، واحتمال اشتغال ذمة الموصى بمال للموصى له ، لا يجدي فى صحة الوصيّة بالمعنى المزبور ، ضرورة عدم كون ذلك وفاء له ، بعد فرض كون المراد تمليكه إيّاه بالوصيّة دون الوفاء ، كما أن احتمال فرض غير ذلك يقتضى خروج المسألة عن الفرض الّذي هو تمليك الزائد على الثلث بالوصيّة من دون إجازة ، ومن ذلك يظهر لك أنّه لا وجه لتقسيم الوصيّة إلى التبرعية وغيرها ، فتعتبر إجازة الوارث في الاولى ، دون الثانية ، وبعد التسليم – لظهور النصوص كما لا يخفى على من لاحظها في الحكم بالوقوف على إجازة الورثة ، بمجرّد اشتمال الوصيّة على الازيد من الثلث ، فيكون الأمر على العكس فيما ذكره الموجّه ،

ضرورة كون مدار الحكم بذلك ، حتى يعلم أن صدورها منه لسبب من الاسباب الّتي توجب الاخراج من الأصل عملاً بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد عن الثلث ، حتّى يعلم خلافه ، وأصالة النفوذ في الوصيّة بعد تسليمها إنّما هي حيث لا تعارض حق الغير ، ومن هنا قد اشتملت جملة من النصوص قولاً وفعلاً على رد الوصيّة الزائدة عن الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصى كذلك ، ما لم يعلم سبب من أسباب التعلق بالأصل ، ولو من إقراره ، ولعلّ ذلك هو الأقوى ترجيحا لهذه الأدلة على تلك الأدلّة ، وإن سلم كون التعارض بينهما من وجه ، كما لا يخفى على من لاحظ نصوص المقام متدبراً فيها ، والله العالم .

كما أنّه منها يعلم أيضاً عدم اعتبار قصد الموصى الثلث في تنزيل وصيّته عليه ، فلو أوصى بشيء ينطبق عليه أو يقصر عنه صحّ ، ونفذ منه وإن لم يكن قد قصد ذلك ، بل وإن قصد من الاصل .

نعم لو أوصى بشيء بعد أن أوصى بالثلث مثلاً مصرحاً بإرادة إخراجه من الأصل كان ذلك موقوفا على الإجازة من الوارث ، وإن وسعه الثلث ، لأنّه قد قصد إخراجه من الأصل على وجه لا يعارض ما أوصى به أوّلاً ، إلاّ ما يخصه من التقسيط الّذي هو في الحقيقة رجوع به عن الوصية الأولى ، كما لو صرح باخراجه من الوارث ، وسلامة ثلثه منه ، فمحل التعلق بالثلث في الفرض الوصية المقصود خروجها منه ، أو المجردة عن قصد ذلك وقصد خلافه .

والوجه في الأوّل واضح ، بل الثاني أيضاً ضرورة التمكّن من انفاذ الوصية فيه ، ولصدور السبب من الموصى وله محل قابل للتعلق به ، فيعمل عمله ، إذ الأصل في الأسباب ترتب مسبباتها عليها ما لم يحصل لها معارض ، واحتمال البطلان في الوصيّة في الفرض مناف لاطلاق أدلتها المقتضي لصحتها ، كما هو واضح وربما تسمع له زيادة تحقيق إن شاء الله ، ولا فرق فيما ذكرنا بين الوصيّة بالحصّة المشاعة كالربع والنصف وبين الوصيّة بشيء معين كالفرس والعبد ونحوهما .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو كانوا ﴾ أي الورثة ﴿ جماعة فأجاز بعضهم ، نفذت الاجازة في قدر حصّته من الزائد ﴾ لحصول المقتضي بالنسبة إليه ، وارتفاع المانع ،

ولا يقدح هنا التبعيض ، كما لا يقدح فى غيرها من العقود ، مثل بيع مال الغير إذا كان للمتعددين فأجاز بعضهم ، وامتنع الآخرون ، وكذا لو أجاز الجميع البعض ، أو البعض البعض ، لاتحاد الجميع في المدرك ، كما هو واضح .

فلو فرض كون الوارث ابنا وبنتا وأوصى بنصف ماله ، فان أجاز معاً فالمسألة من ستّة ،لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً ، وإن ردّا معاً فالمسألة من تسعة ، لأن لهما ثلثى التركة أثلاثاً ، فأصلها ثلثه ، ثم تنكسر عليها فى مخرج الثلث ولا وفق ، وإن أجاز أحدهما ضربت وفق أحدى المسألتين ، وهو الثلث فى الأخرى ، تبلغ ثمانية عشر للموصى له الثلث ، بغير اجازة ستّة ، ولهما الثلثان اثنى عشر أثلاثاً ، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد ، وهو سهم من البنت وسهمان عن الابن ، إذ لو أجاز الابن لكان له ستّة من الثمانية عشر ، ومعه من الاثنى عشر ثمانية ، فيدفع إلى الموصى له سهمين ، ولو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر ، ومعها أربعة فيندفع سهما فيمكل للموصى له على تقدير اجازتهما تسعة هى النصف ، وعلى تقدير اجازته خاصة ثمانية ، وعلى تقدير اجازتها خاصّة سبعة ، وقس عليه ما يرد عليك من نظائره .

﴿ و ﴾على كلّ حال فـ ﴿ إجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة ﴾ إجماعاً بقسميه ، ونصوصاً ﴿ وهل تصح قبل الوفاة فيها قولان : أشهرهما انها تلزم الوارث ﴾ بل هو المشهور ، بل عن الشيخ الإجماع عليه للصحيحين[1] «رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصيّة ، هل لهم أن يردوا ما أقروا به ؟ قال : ليس لهم ذلك ،الوصيّة جائزة عليهم » ونحوهما غيرهما ، كما هو مؤيّد بعموم الأدلة الدالة على وجوب امضاء الوصيّة . وكون الإرث بعدها ، خرج منها ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقى ، وبأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنّما هو لحق الورثة ، وهو متحقّق فى حال الحياة ، فإذا أجازوا فقد اسقطوا حقهم ، وبأنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى والورثة لأنّه ان

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

بریء كان المال له ، وإن مات كان للورثة ، فإن كان للموصى فقد أوصى به ، وإن كان للورثة فقد أجازوه ، ولأنّ التعليق الذى فى الوصيّة ليس للإنشاء فيها ، كيلا يقبل القبول والإجازة ، بل هو لحصول الأثر فيها ، وإلاّ فالانشاء حاصل الآن فعلا ، نحو الأوامر المعلّقة والنـذور كذلك ، فإن المعنى الإنشائى فيها حاصل عند حصولها ، ولذا لم يحتج المأمور بأمر معلق على شيء إلى أمر جديد عند حصول المعلق عليه ، ولم يجز اتلاف المنذور قبل حصول المعلق عليه ، وكذلك ما نحن فيه ، فإنّ المراد من قولنا «هذا لزيد بعد وفاتى» إنشاء هذا التمليك المعلق فيقبل القبول والإجازة وغيرهما ، لا أن المراد تعليقه على وجه لا يقبل القبول والإجازة إلاّ بعد الموت .

ودعوى – تسليم ذلك وأنّ الامتناع في إجازة الوارث باعتبار عدم حقّ له الآن ، فلا تؤثر أثراً ، لا من حيث تعليق الوصيّة – يدفعها أنّه لا اشكال فى استحقاق الوارث من حيث الإرث بل ينبغى القطع به حال المرض نحو استحقاق صاحب الدين فى مال المفلس ونحوه ، كما أنّه لا اشكال فى كون الوصيّة تصرفاً يظهر أثره مقارنا لاستحقاقه ، ولذا لاحظه الشارع بالنسبة إلى الثلث والثلثين ، ومرجع اجازته رضـاؤه بكونه غير وارث بالنسبة إلى ما تعلق به الوصيّة ، وهذا شيء قابل للوقوع منه حال حياة الموصى ، وستعرف أن إجازة الوارث تنفيذ ، لا ابتداء هبة والمراد به ما عرفت وحينئذٍ فيتضح وجه ما سمعته من النص والفتوى من تحقق الإجازة حال الحياة ، وترتب أثرها عليه .

نعم مقتضى ما ذكرناه قابلية الوصيّة للرد من الموصى له كالقبول ، لاشتراكها فى المعنى المزبور ، إلاّ إنّه للدليل لم يكن أثر للرد فى الحياة ، وأن القبول بعده وبعد الموت مُجْدٍ كما عرفته فى محلّه ، وأما هنا فقد صرّح غير واحد أيضاً بأن عدم الإجازة من الوارث حال الحياة لا ينافى ترتب أثرها عليها بعد الوفاة بعد الرد المزبور ، لاندراجها فى اطلاق الوصيّة ، ولأن حاصل الرد المزبور أنّه لم يرض بخروجه عن الإرث بالنسبة الى ما أوصى به الموصى ، فإذا رضى بعد ذلك لم يكن منافياً للسابق فى ذلك الزمان الّذي فى الحقيقة حاله كحال الزمان الذى لم يعلم الوارث بالوصيّة به ، أو علم ولم يتعرض للإجازة وردها ، وليس هو كاجازة الفضولى فى عقد البيع الّذي مرجعها إلى قبول العقد وعدمه ، فإذا ردّه لم يُجْدِ قبوله بعد ذلك ، كما أنّه إذا قبله لم يُجْدِ ردّه بعد ذلك ، لتحقق الإنفساخ فيه ، بخلاف الإجازة فى المقام الّتي مبناها رضا الوارث بعدم

كونه وارثاً ، أو رضاه بكونه وارثاً ، وأما قبول العقد وردّه فهو للموصى له لا له ، مضافاً إلى ما سمعته سابقاً من عدم كون الوصيّة عقداً حقيقة ، وإنّما هى كالعقد في بعض الأحكام .

ومن ذلك كله يظهر لك إنّ ما عن المقنعة والمراسم والسرائر والوسيلة والجامع والإيضاح وشرح الإرشاد من عدم نفوذها حال الحياة ، فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصى – ضعيف ، إذ لو سلم أن ذلك مقتضى القواعد لكنّه لا يعارض ما عرفت من الأدلة المعتبرة المعمول بها بين الأصحاب .

نعم ربما خص بعضهم نفوذ الإجازة حال مرض الموصى ، لا حال صحته ، مع أنّه مناف لما عرفته من اطلاق النص والفتوى أيضاً ، وكذا ما عن بعضهم من الجمع بين القولين بالتفصيل بين غناء الوارث وفقره ، فإن كان الوارث غنياً وقد أجاز بلا استدعاء من الموصى لم يكن له الرجوع ، وإن كان فقيراً أو غنياً ودعاه الموصى إلى الإجازة فأجاز حياء كان له الرجوع ، فإنّه كما ترى واضح الفساد ، بل لا يوافق اصول الإماميّة وقواعدهم ، فضلاً عن اطلاق النص والفتوى هنا ، الّذين مقتضى الثاني منهما ، بل وبعض الأوّل أنّه ليس للوارث الرجوع عن اجازته حال حياة الموصى ، فضلاً عن الرجوع بعد وفاته ، وفي محكي الإيضاح الاعتراف بأن ظاهر الفتوى ذلك ، وأنّه قد يفهم من الرواية ما يدلّ عليه .

ثمّ إنّ الظاهر عدم الفرق بين الإجازة بعد الوصيّة ، وبين الإذن فيها سابقاً كما لا فرق فى ذلك أيضاً بين الوصيّة التمليكيّة والعهديّة كالوصيّة بالوقف والعتق ونحوهما ، والله هو العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إذا وقعت ﴾ الإجازة ﴿ بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصى ﴾ وتنفيـذاً له ، بلا خلاف أجده بيننا ، بل ربما ظهر عن بعضهم الإجماع عليه ، بل هو من المقطوع به لو وقعت حال الحياة بناء على اعتبارها ، بل وكذا الحال فى اجازة المنجز ، بناء على كونه كالوصيّة فى خروج الزائد من الثلث بالإجازة ﴿ وليس ﴾ ذلك ﴿ بابتداء هبة ﴾ من الوارث كما عن بعض العامة وحينئذٍ ﴿ فلا تفتقر صحتها إلىٰ قبض ﴾ ولا يجرى عليها أحكام الهبة الّتي أطنبوا هنا فى ذكرها تفريعاً على القولين ، ضرورة كون مفادها الرضا بما فعله الموصى ، من كون ما أوصى به

لمن أوصى له ، وأنّه خارج عن ارث ورثته ، كما لا يخفى على من له أدنى نظر .

وأولى من ذلك العتق ونحوه ، فإن الوصيّة بالمعنى الأعم الّتي هي موضوع البحث هنا ، لا تختص بالتمليكية ، كما يظهر ذلك مما ذكروه من الفروع في المقام ، كما أنّه يظهر منهم عدم الفرق بينها ، وبين المنجّز ، بناء على توقف الزائد على الثلث فيه على الإجازة ، ومن المعلوم عدم كونها صيغة عتق مثلاً .

نعم لو كان التردّد بين ذلك ، وبين احتمال كون الإجازة من الوارث بعد ملكه للموصى به بموت الموصى ، وأنّها من إجازة مالك ، نحو اجازة الفضولي وغيرها كما هو مقتضى ما دل على ملك الوارث بموت مورثه ما تركه له ، ويلتزم حينئذٍ للجمع بين الأدلة ، بترتب ملك الموصى له على ملك الوارث ترتباً ذاتياً لا زمانياً ، فلا ينافي ذلك حينئذٍ إرادة الموصى ملك الموصى له بالموت ، نحو ملك الولد الوالد الذى ينعتق عليه ، لكان له وجه في الجملة ، وإن الأقوى خلافه أيضاً ، لظهور أدلة بعض أفراد الوصيّة فيما يراد منها من خروج الوارث عن ارث ما أوصى به ، فهي حينئذٍ كالمقيّدة لأدلة الإرث خصوصاً بعد ظهور الأدلة أيضاً في كون الموصى له يتلقّى من الموصى ، لا الوارث .

نعم هو كذلك في البعض الأخير منها ، وما لا ينافي ملكية الوارث وإن كان بقدر الثلث ، كما في الوصيّة العهديّة أو التمليكيّة الّتي يجب على الوارث تنفيذها ، وكان مالكاً كما يجب عليه وفاء الدين كذلك ، إذا كانت بقدر الثلث أو ازيد مع الإجازة ، ولا ريب في كون الإجازة حينئذٍ نحو إجازة الفضولي ، وليست تنفيذاً بالمعنى الذى ذكره الأصحاب الّذي فرعوا عليه إجازة المفلس والسفيه ونحوهما ، كما أنّه لا ريب في عدم كون المراد من القول المقابل للتنفيذ أنّ الإجازة نفسها هبة أو عتق أو نحو ذلك ، ضرورة أنّ الرضا بما فعله الموصى من الايصاء الشامل للعهد وغيره ، ليس عقد هبة أو عقد بيع مثلاً ، وايقاع عتق ، ولذا لم يذكر أحد مثل ذلك في الفضولي ، لا على القول بالكشف ، ولا على القول بالنقل ، فلا بدّ من حمله على ما ذكرناه ، وإلّا كان واضح البطلان ، كما أنّه لا بد من تنقيح المسألة على الوجه الّذي قلنا ، وبه يظهر لك ما في كثير من الكلمات فلاحظ وتأمل ، حتى ما ذكروه في التنجيز ، وأنّه في الزائد على الثلث

كالوصيّة فى البحث المزبور ، والله اعلم .

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الإجازة لا تصحّ من المجنون والصبى ، وتصحّ من المفلس حال حياة الموصى ، وفى الروضة فى صحتها بعد موته وجهان : مبناهما على أن التركة هل تنتقل الى الوارث ؟ وبالإجازة تنقل عنه إلى الموصى له ، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت ،وعلى الأوّل لا تنفيذ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة ، وعلى الثاني يحتمل الأمرين ، وإن كان النفوذ أوجه .

لكنك خبير بأن المعروف بين الأصحاب كون الإجازة تنفيذاً والمراد به الرضا بالخروج عن كونه وارثاً بالنسبة إلى الموصى به ، وأن مقابله ما يحكى عن العامة من كونه ابتداء هبة ومن هنا بنى المسألة فى محكي التذكرة عليها فقال : إن قلنا : إنّها هبة لم تصحّ ، لأنّه ليس له هبة ماله ، وأما السفيه ففى القواعد ومحكي غيرها اطلاق المنع من اجازته ، لكن قد يقال : إنّه كالمفلس بالنسبة إلى ذلك ، لعدم كونه مالكاً في حال الحياة بل لم يتصرف في المال بعد الوفاة ، وإنما رضى بعدم كونه وارثاً وهو ليس تصرفاً مالياً حتى يمنع منه ، اللّهمّ الاّ أن يقال : إنّه ممنوع ممّا يشمل مثل هذا التصرّف لكن يأتي احتمال مثله فى المفلس ، ولعل ذلك هو الوجه فى الأمرين اللّذين فى الروضة .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فلا خلاف ولا اشكال فى أنّه ﴿ يجب ﴾ على الوصى أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافة الناس لكن على الكفاية ﴿ العمل بما رسمه الموصي ﴾ مما أوصى به ﴿ إذا لم يكن منافياً للشرع ﴾ وإن كان إنما يعتبر ذلك إذا كان بقدر الثلث أو أزيد إذا أجاز الوارث .

﴿ ويعتبر الثلث وقت الوفاة ﴾ أى ﴿ لا وقت الوصاية ﴾ الّذي هو ليس زمان الملك بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع محكيّ عن الخلاف وإن لم يكن محصلاً عليه ﴿ فلو أوصى بشيء وكان موسراً فى حال الوصية ، ثم افتقر عند الوفاة ، لم يكن بايساره اعتبار ، وكذلك لو كان فى حال الوصية فقيرا ثمّ أيسر وقت الوفاة ، كان الاعتبار بحال يساره ﴾ والمخالف فى ذلك بعض الشافعية .

نعم قال ثانى المحققّين والشهيدين : هذا إنّما يتم بغير اشكال لوكانت الوصيّة بمقدار معين كمائة دينار ، أو بشيء معيّن أو شقص منها ، أوكانت بجزء مشاع كالثلث وكانت التركة حين الوصيّة أزيد منها حال الوفاة ، أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاة ، مع عدم العلم بإرادة الموصى للزيادة المتجدّدة ، لأصالة عدم التعلق وشهادة الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدّد حيث لايكون تجدّده متوقعاً غالباً ، خصوصاً مع زيادته كثيراً ، وزاد أولهما – أنّه قد تقدّم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه ، وله ابن وابن ابن ، فمات الابن ، فان استحقاق ابن الابن لايخلو من تردّد ، بل قال : إنّه قد يتوقف فى دية العمد ، من حيث تجدّد ثبوتها بعد الموت .

كما أنه أورد أيضاً على العبارة وما شابهها بأنّه ربما تلف بعض التركة بعد الموت وقبل قبض الوارث إيّاها ، فلا يحسب ذلك على الوارث ، ويصير الثلث أقل ، وربما تجدّد بعد الموت دية نفس أو طرف بصلح ونحوه ، فيصير أكثر ، فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت ، بل يقيد بوقت قبض الوارث التركة ، وأخذ دية النفس والطرف ، وقبول الوصية لمورثه إذا كان بعد موت الموصي الأول ، بناء على أن القبول كاشف .

قلت : قد يدفع الاخير بالتنزيل على الغالب ، حتّى ما وقع فى الدروس «والمعتبر الثلث حين الوفاة لا حين الوصيّة ، ولا ما بينهما ولا بعد الوفاة ، لأنّه الوقت الّذي تنتقل فيه التركة إلى الوارث » أو بما سمعت من أن المقصود من التقييد فى نحو المتن الرد على بعض الشافعيّة القائل بكون العبرة وقت الوصيّة ، ضرورة تنزيل الموصى له مع الوارث منزلة الشريك ، فى أن ما يبقى لهما ، وما يتلف عليهما ، كما هو واضح فيما لوكان الموصى به الثلث ، أوحصّة مشاعة منه ، بل لوكان الموصى به شيئاً معيّناً كان مرجعه الوصيّة بمقدار ما يساوي قيمتها من الثلث ، فهو أيضاً كالشريك ، وكذا لو أوصى بمقدار كلى كالمائة دينار ، وكانت بعض الثلث .

إنّما الاشكال فى أنّ هذا ونحوه هل يرجع الى الوصيّة بحصّة مشاعة من الثلث حتّى أنّ التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبة ، لأنّه كالوصيّة بربع الثلث مثلاً ، أو أنّه لا يرجع إلى ذلك ، بل هو كلى مضمون في الثلث ، حتى لو لم يبق منه إلاّ مقدار ما يساوى ذلك نفذت

الوصيّة ، وجهان : منشؤهما أن الكلّي يملك في الخارج لا على جهة الإشاعة على وجه تشمله عمومات الوصيّة مثلاً ، أو أنّه لا يملك الا على جهة الإشاعة إلاّ ما خرج بالدليل ، كبيع الصاع من الصبرة ، بناء عليه لخبر الاطنان وربما يؤيد الثاني تنزيلهم الأرطال المستثناة في بيع الثمار على الاشاعة ، وكذا الشاة مثلاً في الزكاة .

لكن الامر في الوصيّة واسع فلا يبعد قابليّتها للتمليك على هذا الوجه ، وقد تقدم تحرير هذه المسألة في باب الزكاة والبيع ، فلاحظ ، على أنّ دعوى عدم ملكيّة الكلي في الخارج إلاّ على جهة الاشاعة خالية عن الدليل ، بل ملك أحد السيوف في الحياة مثلاً والوصيّة ونحوهما قاض بخلافه ، والتحقيق في المسألة ما أشرنا إليه من أن الاشاعة تارة تكون من نفس الوصيّة ، بأن يوصى به على وجه الاشاعة ، وأُخرى تكون من حكم الشارع بأن للميّت الثلث ولا ريب في اقتضاء الاولى قواعد الشركة ، كما أنّه لا ريب في اقتضاء الثانية النقصان بنقصان الثلث ، وإلاّ وجب الأداء ما دام ممكناً وإن نقص من أصل التركة ما نقص ، ولا يتدارك الموصى به بكسر من الكسور ، على وجه ينقص منه بالنسبة ، ضرورة عدم دليل عليه ، ومنافاته لما دلّ على وجوب العمل بالوصيّة .

ودعوى – أن المراد قدر الثلث حتى لو أوصى بالثلث ، ولذا تكون التركة للوارث بالموت – لا دليل عليها ، بل ظاهر الادلة خلافها .

نعم قد يكون كذلك ، لا أن كل وصيّة كذلك بل لعلّ لفظ الوصيّة بالثلث مثلاً خلافه ، كما تقدم نظير ذلك في تعلق الخمس والزكوة بالعين ، لا أن المراد مقدار ذلك في الذمة كما توهمه بعض فتأمل جيداً والله العالم .

وأما ذكراه من الزيادة المتجدّدة ، فيدفعه أن المفهوم عرفا من الوصيّة بالثلث مثلا ارادة مصداقه عن الموت الّذي هو محل الانتقال واتفاق مصداقه قبله لا يقتضى تقييد ذلك به ، وفرض قيام القرائن على ذلك خروج عن محل البحث ، كما لو صرّح بذلك .

بل قد يشهد لما قلناه ما تطابق عليه النص ﴿ و ﴾ الفتوى من أنّه ﴿ لو أوصى ثمّ قتله قاتل أو جرحه ﴾ جارح ﴿ كانت وصيته ماضية ، من ثلث تركته وديته وأرش

جراحته ﴿﴾ إذ كان ذلك خطأ ، بل الاجماع محكي ان لم يكن محصلاً عليه .

وفي خبر محمّد بن قيس[1] «قلت البي جعفر عليه‌السلام : رجل أوصى لرجل بوصيّة من ماله ثلث أوربع فقتل الرجل خطأ ، يعني الموصي فقال : تجاز لهذه الوصيّة من ماله وديته » .

وفي المرسل[2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام « أنّه سئل عن رجل أوصى بثلث ماله ، ثمّ قتل خطأ فقال : ثلث ديته داخل في وصيته » .

وفي خبر محمّد بن قيس[3] عن أبي جعفر عليه‌السلام « أيضاً أنّه قال : قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في رجل أوصى لرجل بوصيّة مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثاً أو ربعاً ، أو أقل من ذلك أو أكثر ، ثمّ قتل بعد ذلك الموصي فودى فقضى في وصيّته أنها تنفذ ماله وديته كما أوصى » .

وفي خبر السكوني[4] عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه‌السلام من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل في وصيته » .

ضرورة تجدد استحقاق الدية من بعد الوصية الّتي قد صرّحت النصوص باخراجها من ثلثها أيضاً بل ربما أشكل بذلك ما سمعته من اطلاق الأصحاب كون العبرة بالثلث عند الوفاة باعتبار تأخّر استحقاقها عن الموت .

لكن قد عرفت أن اطلاقهم ذلك إنّما هو بالنسبة إلى وقت الوصية بمعنى عدم العبرة بالثلث حاله ، على أنّه لما كان استحقاق الدية المزبورة مقارنا للموت صدق عليه أنّه من الثلث وقت الوفاة .

نعم ذلك كلّه في دية الخطأ التى قد صرّح فيها نصّا وفتوى بل قد شهد لها الاعتبار مضافاً إلى

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .
(٢) الفقيه ج ٤ ص ١٦٩ .
(٣) الوسائل الباب -١٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٣ -٢ .
(٤) الوسائل الباب -١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٣ - ٢ .

ذلك ، ضرورة كونها عوضا عن نفسه ، كالقيمة للتالف ، فتعلقه بها أشد من تعلق وارثه ، ولذا أدخلها الشارع في أمواله وعلق بها ديونه ووصاياه ، بل ربما كان ذلك هو الوجه في دية العمد أيضاً ، وإن قلنا ان الواجب به أوّلاً القصاص الذي هو غير قابل لتعلق الدين والوصية به .

لكن لما لم يستوفه الوارث وأراد الصلح بالدية تعلقت بها الوصايا والدُّيون ، لأنّها في الحقيقة أيضا عوض عن نفس المجنيّ عليه ، وقيمة له فتتعلق بها الوصايا والديون .

مضافاً إلى ترك الاستفصال في خبر عبد الحميد [1] «سألت أبا الحسن الرضا عليه‌السلام عن رجل قتل وعليه دين ، وأخذ أهله الدية من قاتله ، أعليهم أن يقضوا الدين؟ قال : نعم ، قلت : وهو لم يترك شيئاً قال : أما اذا أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا الدين » .

وفي خبر يحيى الازرق [2] عن أبي الحسن عليه‌السلام في رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا دينه ؟ قال : نعم .قلت : هو لم يترك شيئاً قال إنّما أخذوا الدية فعليهم أن يقضوا دينه » .

بل هو صريح خبر أبي بصير [3] عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه‌السلام قال : قلت : فان هو قتل عمداً ، وصالح أولياؤه قاتله على الدية ، فعلى من الدين على أوليائه من الدية أو على إمام المسلمين ؟ فقال : بل يؤدّوا دينه من ديته التي صالح عليها أولياؤه فإنّه أحق بديته من غيره ، وهو مع صراحته بوفاء الدين من ديته في العمد ، فيه رمز إلى ما ذكرناه من الوجه في ذلك .

ومن هنا لم يفرق المشهور بين الديتين بالنسبة إلى تعلق الديون والوصايا بل قيل : إنّه قد حكي اجماعات على ذلك ، وإنه لم يخالف فيه إلاّ ما يوهمه كلام ابن ادريس في باب قضاء الدين عن الميّت ، وهو اجتهاد في مقابلة النصّ نحو ما وقع من بعضهم في المقام من الاشكال

(١ و ٢) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب أحكام الديون الحديث ١ -٢ .
(٣) الفقيه ج ٤ ص ٨٣ الرقم ٢٦٤ والخبر عن علي بن أبي حمزة .

فى ذلك ، بناء على ما هو المشهور من أن الواجب فى العمد القصاص ، لا أحد الأمرين ذلك ، أو الدية ، كما عن أبي علي والشافعي .

ضرورة أن ذلك كلّه كالاجتهاد فى مقابلة النص الّذي قد عرفت اتفاق الاصحاب الا النادر على – العمل به ، بل تسمع إن شاء الله في باب الديات أن ما يجنى على الميت بعد موته – كما إذا قطع رأسه وهو ميّت ، فإنّه فيه مائة دينار – في حكم ماله ، وأنّه وإن كان عليه دين فهو أولى به .

ومن ذلك كلّه يعلم أن جميع ما يؤخذ عوضا عن نفس الميّت أو بدنه فى حكم ماله وكذا ما يقع فى شبكته بعد موته ، لمكان وجود سببه قبل الوفاة ، وقد ظهر بذلك كله الحال فى المناقشات المزبورة ، الّتي مرجعها المؤاخذة على اطلاق مساق لبيان أمر آخر ونحوه ، خصوصا المناقشة بالنسبة إلى النقيصة المتجدّدة بعد الموت قبل قبض الوارث ، فانّ من المعلوم دخول النقص المزبور على الموصي له والوارث بذلك من غير فرق حينئذٍ بين كون الموصى به عينا أو جزءاً مشاعاً ، إذا فرض نقصان الثلث بالتلف المزبور عن خروج العين الموصى بها ، وليس المراد من وقت الوفاة فى المتن ونحوه الإشارة إلى ذلك ، بل هو مبنى على ما هو الغالب من اتحاد وقت الوفاة والقسمة ، وبقاء تركة الميّت على حالها .

وأما ما ذكره من الوصية لأقرب الناس ، فقد قيل : أنّ النظر فيه في غير محله ، وأنه يدفع المال إلى ابن الابن ، وان كان الموجود وقت الوصيّة الابن بل قيل : إنّه لم يتوقف فيه أحد غيره ، بل هو نفسه قد اعترف بعد ذلك بأن استحقاق ابن الابن لا يخلو من قوّة فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ولو أوصى إلى انسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين الورثة نصفان صحّ وربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل والأول مروى ﴾ عن الصادق فى الموثق [1] أو الخبر أنّه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم ، وأذن له عند الوصية أن يعمل

(١ و ٢) الوسائل الباب –٩٢– من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٢ –١ .

بالمال ،وأن يكون الربح بينه وبينهم ؟ فقال : لا بأس به ، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك ، وهو حيّ» .

وفى خبرخالد بن بكر الطويل[1] قال : «دعانى أبي حين حضرته الوفاة ، فقال : يا بنيّ اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح وأعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقدّمتني أُم ولد أبي إلى ابن أبي ليلى ، فقالت : ان هذا يأكل أموال ولدي ، قال : فاقتصصت عليه ما أمرنى به أبي ، فقال لى ابن أبي ليلى : ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أُجزه ، ثم أشهد عليّ بن أبي ليلى ان أنا حركته فأناله ضامن ، فدخلت على أبي عبد الله عليه‌السلام فقصصت عليه قصّتى ، ثمّ قلت له : ماترى؟ فقال : أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه ، وأما فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان » .

والمناقشة فى الاولى – بأنّها بعد التسليم من قسم الموثق الّذي لا يجوز العمل به ، وفى الثانية بالجهالة كما أنّ جبر الضعف بالشهرة مشهور لا أصل له – مفروغ من فسادها فى الاصول ، على أنّه فى سند الثانى ابن أبي عميروالسند إليه صحيح ، وهو ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه ، فلا يضرّ جهالة من بعده ، فى وجه .

وكيف كان فصريح الثانى – لظاهر الوصيّة بالولد ، فى الأوّل – كون الورثة صغارا والموصى ولي لهم ، ومن هنا قال فى الدروس مشيرا الى الأوّل : «روى محمّد بن مسلم جواز تفويض المضاربة إلى الوصى على نصف الربح مع صغر الأولاد وبها قال الجماعة ،ونـحوه ما عن المهذب البارع ، قال هذه المسألة يوردها المصنفون فى المضاربة والوصيّة وموضوعها فى كتب الفقه والنص هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصياً ، ويأذن له فى الاتّجار بمالهم إلى آخره ، ثمّ قال إنّ ألفاظ الفقهاء تختلف فى التعبير عنها ، وحكى بعض عباراتهم فى المضاربة وبعضا فى الباب وفى النافع تصح الوصيّة بالمضاربة بمال ولده الصغار .

لكن فى المسالك «أنّ المصنّف وأكثر الجماعة أطلقوا الصحّة فى الورثة الشامل للمكلفين ، وشمل اطلاقهم وإطلاق الروايتين ما إذاكان الربح بقدر أجرة المثل ، وماكان زائدا عليها بقدر

(١) الوسائل الباب – ٩٢ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢ – ١ .

الثلث أو أكثر ، وفي محكي الكفاية إنّ المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً ، ولعلّ وجهه اطلاق ما دلّ على تنفيذ الوصية المقيد بالثلث إذا كانت الوصية مفوتة للمال على الوارث ، أو بالأعم من ذلك ومما فيه ضرر عليه ، أما إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصية تصرفا في المال على وجه لا تفويت فيه للمال على الوارث ولا ضرر فيه عليه ، فليس في الأدلة ما يدل على تخصيص العمومات المزبورة المعتضدة بظاهر قوله «فمن بدلّه» وعموم «تسلّط الناس» ومعلوميّة كون الوصيّة بعد الموت كالتنجيز في حال المرض بالنسبة إلى الممنوع منها والجائز ، بل الدليل فيهما متحد كما اعترف به في جامع المقاصد .

ولا ريب في صحة المضاربة بأزيد من الثلث في حال المرض ، ولو بحصّة قليلة من الربح ، كما أنّه لا ريب في صحّة بيع التركة كلّها بثمن المثل حال المرض ، فينبغي أن يجوز الوصيّة به لاتحاد الدليل فيهما كما مال إليه في جامع المقاصد ، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة أنّه قواه ، وفي القواعد الاشكال فيه ، وإلى نحو ذلك أشار في جامع المقاصد ، والمسالك حيث وجّهه بأن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلاً هنا ، لأن الربح مما تجدد بفعل العامل وسعيه ، وليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما ، حيث كان معتبرا من الثلث ، لظهور الفرق ، بأن ذلك نماء الملك ووجوده متوقع ، بخلاف الربح فإنّه أثر سعي العامل مع أنّه إنّما يحدث على ملك العامل فما يملكه العامل ليس للوارث ولا للموصى منه حق ، ولا يقدح في ذلك شراؤه ، بمال الوارث ، فيكون محسوباً منه ، ويكون نماؤه تابعاً ، لأنه إنّما يدخل في ملك الوارث على تقدير صحة المضاربة ، وإلاّ لم يكن الشراء نافذا ، ومتى صحت المضاربة كانت الحصّة من الربح ملكا للعامل ، فلولا صحّة المضاربة لأدّى فسادها إلى عدم الفساد ، لأنه على تقدير الفساد إنّما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرعاً ، وذلك إنّما يكون على تقدير زيادة الحصّة من أُجرة المثل ، وزيادتها عن الثلث ، وكونه من نماء التركة ، وإنمّا يكون كذلك مع صحة المضاربة ، ليكون الشراء نافذا ، فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء ، فلم يتحقق الربح فانتفى التصرف في الزائد على الثلث ، فانتفى المقتضى للفساد ، فوجب الحكم بالصحة ، لأنّه قد أدّى فرض الفساد إلى عدمه .

لكن في المسالك بعد ذلك كله قال : «فيه نظر ، لأنّ المضاربة وإن لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه ، مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير اذنه ، خصوصاً إذا كان مكلفاً ، وتعريضه بالضرب في الارض الى التلف المؤدى الى عدم الضمان مع عدم التفريط ، مضافاً إلى ما لو وقعت بحصّة قليلة للمالك في مدّة طويلة ، كخمسين سنة ، وذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلاً وهو باطل ، . وأما القول بأن النماء إنّما يملكه العامل على تقدير صحّة المعاملة ، وحينئذٍ فلا تفويت في مال الوارث ، وإن لم يصح لا يصح البيع ، ففيه امكان جبره باجازة المالك الشراء لنفسه ، ليكون جميع الربح له ، فيحصل التفويت على تقدير صحّة البيع ، وحصول الربح للعامل ومن ثمّ ذهب ابن ادريس الى أن الصحّة مشروطة بكون المال قدر الثلث فما دون اطراحاً للأخبار ورداً إلى الأُصول المعلومة في هذا الباب ، وبعض المتأخرين إلى أن المحاباة في الحصّة من الربح بالنسبة إلى أُجرة المثل محسوبة من الثلث أيضاً ، ولكلّ منهما وجه .

قلت : أما ابن ادريس فالمحكيّ من عبارته ما نصّه «قد روى أنّه إذا أمر الموصى الوصيّ أن يتصرّف في تركته لورثته ، ويتّجر لهم بها ، ويأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً وحلالاً له نصف الربح ، أورد ذلك شيخنا في نهايته ، إلاّ أنّ الوصية لا تنفذ إلا في ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته ، والربح متجدّد بعد موته ، فكيف تنفذ وصيّته وقوله فيه ، وفي الرواية نظر » وظاهره بطلان هذه الوصية من رأسها كابن أبي ليلى ، باعتبار كون متعلقها الربح الّذي ليس من أمواله ، ووصيته إنّما تنفذ في الثلث ، وهذا ليس منه ، لا أنّها صحيحة في الفرض بمقدار الثلث ، وكيف مع أنّه لم يوص بالثلث ، بل هو فيه كالثلثين للوارث .

نعم لو كان قد أُوصى به وأخرجه عن الوارث ، ثمّ أوصى بالمضاربة به فلعل لازم كلام ابن ادريس الفساد ، وإن كان لم يتعرض لذلك ، ولا ريب في صحته ، لعموم أُدلة الوصيّة : فيصحّ تعلقّها بمثل ذلك ، لكونه من التوابع ، فتأمل جيّداً .

ومن ذلك ينقدح الوجه في تعرض الأصحاب لهذه المسألة ، وكون الغرض منها الردّ على ابن ادريس وابن أبي ليلى ، حيث أنّهما ابطلا هذه الوصيّة ، وجعلاها من قسم الوصيّة بالباطل ،

والتحقيق صحتها مطلقا سواء كان الوارث صغيراً مولّى عليه أو كبيراً ، وإن توقفت فى الثانى على الاجازة سواء كان متعلّق الوصية مقدار الثلث أو لا ، وسواء كانت الحصّة من الربح زائدة على أُجرة المثل أو لا ، وسواء كانت بمقدار الثلث أو لا ، وسواء كانت متعلقة بالثلث الذي أخرجه عن ملك الوارث أو لا ، كلّ ذلك لعموم أدلة الوصية وللخبرين السابقين ، بل يمكن جوازها فى مال الاطفال مع عدم المفسدة ، وإن لم يكن لهم مصلحة ، بناء على جواز ذلك للولى الاجبارى والفرض أنّه قد أذن للوصى فى ذلك ، وبه يفرق بين ما إذا لم يوص بذلك ، بل اقتصر على جعل وصى عليهم ، فإنّه يجوز له المضاربة بمالهم أو لغيره ، لكن مع المصلحة ، بخلاف ما إذا نص الولى على ذلك ، فانّه يكفى فيه حينئذٍ عدم المفسدة ، فلا بأس بكثرة الحصّة أو قلتها ، واطلاق الاصحاب فى المقام والمضاربة إنّما هو لبيان صحّة الوصيّة على الوجه الّذي عرفت ، ردّاً على ابن أبي ليلى وابن ادريس ، القائلين ببطلانها ، سواء كان الوارث صغيراً أو كبيراً ، أجاز أو لم يجز ، كما يومىء إلى ذلك اختلاف تعبيرهم عن ذلك ، كما اعترف به ابن فهد فى مهذّبه على حسبما عرفته والمقصود ما عرفت ، فما توهمه بعض الناس – من هذه العبارات المختلفة أشد اختلاف حتّى أثبت منها حكما جديداً مخالفاً للأُصول والضوابط وصحح المضاربة من الموصى بالتركة ، وإن لم يجز الوارث ، وجعلها لازمة عليه – فى غير محلّه ، كما أنّه لا دليل عليه ، اذ ليس إلاّ الخبران السابقان ومضمونهما ما عرفت مما هو غير مخالف لشىء من الاصول ، ضرورة جواز مضاربة الوصى بمال الطفل مع المصلحة وإن لم يوص إليه بذلك ، فكيف إذا أوصى له .

نعم قد تزيد صورة الوصية باعتبار عدم المفسدة ، لا المصلحة ، وهو شىء خارج عما نحن فيه فتأمل جيّداً ، فإنّه به يظهر لك ما فى كلام جماعة ، كما أنّه يظهر لك عدم تحرير هذه المسألة فى شيء من كلماتهم ، بل ولا مسألة الوصية بما لا يقتضى نقص القيمة فى التركة .

ففى القواعد ولو أوصى ببيع تركته بثمن المثل ففى اشتراط الاجازة اشكال ، وفيها أيضاً – قبل ذلك – «ولو خصص كلّ واحد بعين هى قدر نصيبه فالاقرب الافتقار إلى الإجازة ،

لظهور الغرض فى أعيان الأموال ، وكذا لو أوصى أن يباع غير ماله من انسان بنقد ثمن المثل ، ولو باع عين ماله من وارثه بثمن المثل نفذ » وظاهره الاشكال بعد الجزم وللمسألة فروع كثيرة ومنشأ الاشكال فيها من عموم ادلة الوصيّة المقتضى لوجوب العمل بما يرسمه الموصى ما لم يكن منافيا للشرع ، كما سمعته من المصنّف أو غيره ، بل قد يشير به فى الجملة خبر عباس بن معروف[1] المشتملة على وصيّة ميمون ببيع جميع تركته وإيصالها إلى أبي جعفر الثاني عليه‌السلام ففعل الوصيّ فأخذ أبو جعفر عليه‌السلام الثلث منها وأمر بردّ الباقى الى الوصيّ ليردّه على الورثة » الظاهر فى الاقرار على البيع .

وغير ذلك ما يّدل على وجّوب انفاذ الوصيّة ، ومن كون ذلك نوع ضرر على الوارث لتعلق الغرض فى الاعيان ، ولعلّ الأوّل لا يخلو من قوّة ، ما لم يكن اضراراً بالوارث لاطلاق النهي عنه .

بقي شيء : وهو أن الظاهر كون المضاربة واقعة من الوصى باذن من الموصى لا أن ايجابها قد وقع من الموصى ، ضرورة عدم ثبوت الوصيّة العقدية فى غير التمليك على حسبما عرفته فى تعريفها ، فما عساه يتوهّم – أن اللفظ الموجود فى الخبر نفسه مضاربة – فى غير محله ، خصوصا ولم يكن للطفل فى ذلك الحال ، ضرورة أنّ المراد المال الذي يكون لهم بالارث منه ، ومن هنا قال عليه‌السلام «من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك وهو حيٌّ » وهو كالصريح فى عدم كون ما وقع منه مضاربة ، وإنّما هو أذن فيها ، ودعوى مشروعيّة الوصية بها على نحو الوصيّة التمليكية واضحة الفساد ، لعدم الدليل عليها ، وربما يشهد لما قلناه قول المصنف وغيره «ولو أوصى بالمضاربة » الظاهر فى ارادة العهد بها ، لا انشاؤها على الوجه السابق كما هو واضح والله العالم .

﴿ ولو أوصى بواجب ﴾ مالىّ ﴿ وغيره ﴾ أخرج الأوّل من الاصل ، لأنه كالدين نصّا وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وعلى أن من ذلك الحج الواجب ، للنصوص[2] الدالة عليه بالخصوص ، وأما الثاني فيخرج من الثلث ، حتى لو كان واجباً

---

(١) الوسائل الباب –١١ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٧ .

(٢) الوسائل الباب –٢٨ – من أبواب وجوب الحج وشرائطه .

بدنيا ، على ما صرّح به فى جامع المقاصد والمسالك ، ومحكى الكفاية ، بل فى الروضة أنّه لا خلاف فيه مرسلين له ارسال المسلّمات ، لعدم كونه من الدين الذى يخرج من الأصل ، وعدم دليل على تنزيله منزلته ، فيبقى على الاصل .

نعم اذا أوصى به شمله أدلة الوصية الّتي تخرج من الثلث .

لكن فى الذكرى والدروس وفى جامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنى يخرج من الأصل أيضاً ، كالمالى ، وإن لم يوص به ، بل لعلّه ظاهر المصنف هنا والنافع والغنيمة والسرائر وغيرها – ممّا أطلق فيها الواجب – الخارج من الأصل ، وهى عشرة كتب أو أكثر على ما قيل ، بل نفى عنه البأس فى الدروس ، بل قد يؤيد اطلاق الدين على الصلاة فى غير واحد من الأخبار ، منضماً إلى ما ورد فى الحج [1] أن دين الله أحق أن يقضى ، وشمول الدين للنقد وغيره ممّا هو عمل ، ضرورة اندراج من كان مشغول الذمة بصلاة أو غيرها من الأعمال باجارة ونحوها فيه ، واحتمال – اختصاصه بما إذا كان شغل الذمة بمثل ذلك لغير الله ، أما له فلا– واضح الضعف خصوصاً بعد ما سمعت من أن دين الله أحق أن يقضى ، ومعلومية وجوب المال لو توقف عليه حصول الواجب المطلق ، فالمتّجه إن لم ينعقد اجماع على خلافه ، إلحاق الواجب البدنى بالمالي فى الاخراج من صلب المال إذا لم يكن له وليٌّ يخاطب بما يفوت المولى عليه . من صوم أو صلاة ، وإلاّ خوطب هو به ، مالم يوص الميت باخراجه من ثلثه ، من غير فرق فى ذلك كله بين ما فاته بتقصير وعدمه ، وبين ما تمكن من قضائه وعدمه ، بعد فرض حصول شغل الذمة به ، على وجه لو تبرع به متبرع واستؤجر أحد عنه برأت ذمته ، ولا مدخلية للحكم التكليفى فى الوضعى ، فقد ينتفى الأوّل ويثبت الثانى .

نعم لو كان على وجه لا تشتغل ذمته به أصلاً ، لم يصح تأدية الولي ولا المتبرع له عنه ، فضلاً عن الاخراج من صلب المال أو ثلثه .

كلّ ذلك بناء على عدم اشتراط المباشرة فى الواجب البدنى وأنّه يصح وقوعه فى الجملة منه

(١) المستدرك ج ٢ ص ٦ .

أو من الولي والمتبرع فضلاً عن الأجير ، أما بناء على اشتراطها وأنّه لا يصح إلاّ من المولى عليه والولي ، اتّجه حينئذٍ عدم الاخراج من المال ، ضرورة حصول الفرق حينئذٍ بذلك بينه ، وبين الاعمال التي اشتغلت الذمة بها باجارة ونحوها كما هو واضح .

والظاهر تصديق الوليّ فيما فات منه كما صرح به في جامع المقاصد ، ولعلّه لأنّه لا يعلم منه إلاّ من قبله ، بل هو المنساق منه ومن نظائره ، مضافاً إلى كونه من الإقرار .

وعلى كلّ حال فبناء على عدم خروجه من صلب المال يجب على المولى عليه الوصية بما فاته من صوم أو صلاة ، أو اعلام الولي بذلك إن كان ، أولا يجب عليه شيء من ذلك ؟ وجهان : أقواهما الاول ، ضرورة تمكنه من تأدية الحق وابراء ذمته ، ودفع الضرر الأُخروي عنه وربما استدل بقوله[1] عليه‌السلام «الوصية حق على كلّ مسلم» ولكن لا يخفى ما فيه من التجشم المعلوم عدم ارادته ولو بملاحظة ما سيق الخبر له .

وكيف كان فقول المصنف وغيره جوابا للشرط السابق في المتن ﴿ فإن وسع الثلث عمل بالجميع ، وإن قصر ولم تجز الورثة بدء بالواجب من الاصل ، وكان الباقي من الثلث ﴾ غير مناف لما ذكرناه ، ضرورة ارادته ما لو أوصى بالواجب وغيره من غير تعرض للاخراج من الثلث وعدمه ، فإن وسع الثلث عمل بالجميع ، ضرورة عدم الفرق حينئذٍ بين الواجب وغيره في الاخراج بعد فرض سعته ، لأنّه مع عدم الوصيّة بالاخراج منه يكون كأصل المال بالنسبة إلى الواجب وغيره ، وأما إذا قصر عنها فلا ريب في اختصاصه حينئذٍ بالتبرعات التي لا تمضى إلاّ منه .

كما لا ريب في خروج الواجب من الأصل ، لأن الفرض عدم ايصائه باخراج الجميع من الثلث كي يزاحم الواجب غيره فيه كما هو واضح ، بل منه يعلم الحكم فيما لو أوصى في الفرض باخراج الجميع من الثلث وكان قاصراً ، فإن الّذي صرح به غير واحد اخراج الواجب أولاً منه وإن كان هو متأخّراً في الوصيّة ثم يخرج غير من بعده الأول إن كان .

(١) الوسائل الباب -١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -٢- .

بل صرح غير واحد بمساواة الواجب البدني له في ذلك أيضا بمعنى أنّه لو أوصى بالواجب البدني وغيره من الثلث أخرج أوّلاً الواجب ، وإن متأخّراً ثمّ غيره الأوّل فالأوّل إن كان ، بل ربما ظهر من بعضهم نفي الخلاف فيه فضلا عن الأوّل ، لكن في جامع المقاصد أنّه لا فرق بينه وبين سائر الوصايا التي ليست بواجبة في أنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل ، إن كان قد أوصى بها مرتبة إلى آخره .

قلت : يمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافاً إلى أهمية الواجب من غيره صحيح معاوية ابن عمار[1] قال : «إنّ امرأة من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها ، وأمرت أن يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال : ابدأ بالحج فانّه فريضة من فرائض الله سبحانه وتجعل ما بقي طائفة في العتق وطائفة في الصدقة » فإنّه وإن كان مورده الحج ، إلاّ ان التعليل فيه قاض بتقديم البدني وحينئذٍ يكون الصحيح المزبور دليلاً على القسمين .

والانصاف أنّه إن تم الإجماع عليه كان هو الحجّة ، وإلاّ أشكل بما سمعته فيما يأتي من الاستدلال على ما تطابق عليه النص والفتوى من تقديم الأوّل فالأوّل ، بما يقتضي عدم الفرق في ذلك بين الواجب وغيره فيبطل المتأخر لعدم متعلق له ، فإن كان واجباً مالياً خرج من أصل المال ، وإن كان بدنياً بطل ، بناء على عدم خروجه إلاّ من الثلث إذا كان قد أوصى باخراجه منه ، واحتمال أن ذلك حكم شرعي وإن كان قصد الموصي على خلافه للصحيح على خلافه المزبور المحتمل لكون الوصايا غير مرتبة ، وإن المراد منه الترجيح بذلك ، بل لعل ظاهر التقسيط فيه الذي هو حكم غير المرتب يقتضي عدم الترتيب فيه في غاية الصعوبة ، ضرورة اقتضائه هدم قاعدة «تبعية الأعمال للنيات » و «العقود للقصود » وغيرها من القواعد المحكّمة في سائر المقامات .

وعلى كلّ حال يخرج غير الواجب من الثلث ﴿ ويبدأ بالأوّل فالأوّل و ﴾ كذا ﴿ لو كان الكلّ غير واجب ، بدأ بالأوّل فالأوّل حتى يستوفي الثلث ﴾ وتبطل

(١) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

المتأخّرة مع فرض عدم إجازة ، لأنَّ الوصية الصادرة أوّلاً نافذة لوقوعها من أهلها في محلّها وهكذا ما بعدها إلى أن تبقى المتأخّرة بلا موضوع تتعلق به ، فتختص بالبطلان .

ولخبر حمران[1] عن أبي جعفر عليه‌السلام «في رجل أوصى عند موته وقال : اعتقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة ، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم ، قال : ينظر الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقّومون ، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أوّل شيء ذكر ثمّ الثاني ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس ، وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً ، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك » .

معتضداً ومنجبراً بعدم الخلاف المعتد به بين الأصحاب فيه كما أن اشتماله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه بما فيه ، بل منه يعلم عدم الفرق بين الوصيّة العهدية والتمليكية ، ضرورة كون الموضوع فيه الأولى ، ولعله كذلك سيما بناء على ما تقدم منا سابقا من عدم كون الوصية من العقود ، وإن اعتبر رضا الموصى له في حصول الملك ، لأنَّ كُلاًّ منهما سبب في حصول أثر الإيصاء فكلّ متقدم يترتب عليه أثره فيختصّ البطلان بالأخير الذي لم يصادف موضوعاً ، كما صرح به في الصحيح المزبور ، ومنه يعلم كون المدار على ذلك من غير خليّة لقصد الموصي ، بل قد يعلم خلوّه عن قصد الترتيب .

نعم لو صرح ارادة الترتيب اتبع ، وإن رتب في اللفظ باداته من الفائدة وثُمّ ونحوهما

وبما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الوصية ، وإن كانت عهديّة وبين أمر السيّد عبده مثلاً باعطاء زيد درهما من مال مخصوص وعمرواً كذلك وخالدا ايضاً الّذي لم يرد منه إلاّ الامتثال ، فلا فرق بين الأوّل والاخير في صدقة ، فيقع العول على الجميع ، كما في صورة عدم الترتيب في المسألة بخلاف الفرض الذي فيه ترتب آثار للسبب وإن لم يتم ، إلاّ بالموت والقبول ، بل يستفاد من التعليل كون الحكم كذلك في الوصيّة بالزائد عن الثلث مع الاجازة وقصور المال . فإنّه يبدأ بالأوّل فالأوّل ، ضرورة كون الاخير هي التي لم تصادف محلاً فتختص بالبطلان

(١) الوسائل الباب –٦٦– من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١ .

وعلى كلّ حال فالحكم حينئذٍ لا اشكال فيه من غير فرق بين العتق وغيره ، ولا بين وقوع الترتيب فى زمان واحد عرفى ، وزمانين متباعدين كغدوة وعشية .

خلافا للشيخ والاسكافى – حيث قدّما العتق وإن تأخّر للموثق[1] عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل حضره الموت فـأعتق غلامه وأوصى بوصيّة ، وكان أكثر من الثلث قال : يمضى عتق الغلام ، ويكون النقصان فيما بقى » وغيره ممّا هو ظاهر فى التنجيز المقدّم على الوصية بلا خلاف ولا اشكال ، لا الوصية الّتي هي محل البحث – ولابن حمزة حيث جعل الوصية المتأخرة المتباعد زمانها عن الأولى ناسخة لها ، ومقتضية للرجوع عنها .

للضعيف[2] «إن ابن أخى أوصى بثلاث وصايا ، فبأيّهن آخذ ؟ فقال : خذ بأُخريهن قلت : فانّها أقل قال : وإن قلّت » وهو مع خلوّه عن تفصيله ضعيف فاقد لشرائط الحجية فضلاً عن أن يصلح معارضا لما عرفت فلابأس حينئذٍ بحمله على ارادة الوصايا التى بالتضادّ ونحوه يعلم عدم قصد الموصى ارادتها جميعها ، بل يعلم كون المراد واحدة منها ولا ريب حينئذٍ فى أنّ الحكم للمتأخّرة كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فمن ذلك ما ﴿ لو أوصى لشخص بثلث ﴾ أولا ﴿ ولآخر بربع ﴾ ثانياً ﴿ ولم تجز الورثة اعطى الأول ﴾ لمصادفة الوصية ثلث الموصى فهى ممكنة النفوذ ﴿ وبطلت الوصية لمن عداه ﴾ بعدم اجازة الوارث المتوقفة صحة الوصية فى الفرض عليها إذ ليس للموصى إلاّ الثلث الّذي قد تعلّقت به الوصيّة الأُولى التي لم يعلم رجوعه عنها فيستصحب حكمها وما وقع من الوصيّة بالربع والسدس بعدها اعم من ذلك قطعا ، وكذا لو أوصى بنصف ولآخر بخمس ولثالث بربع ، أو للأوّل بجميع المال ولآخر بثلث ولثالث بسدس ، فإن الأوّل ، يعطى فى الجميع الثلث ويبطل الزائد مع عدم الاجازة لما عرفت من البدء فى مثل ذلك بالأوّل فالأوّل ، لكن فيما حضرنى من المسالك فى نسختين ابدال السدس فى المثال الثانى بالنصف ، وذلك يقتضى بقاء سدس للأوّل لا ثلث .

(١) الوسائل الباب –١١ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٤ .
(٢) الوسائل الباب –١٨ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٧ وفيه أن أبي إلى آخره .

وعلى كلّ حال فما عن بعضهم – من أن الوصيّة بالربع والسدس في نحو مفروض المتن رجوع عن الأوّل – واضح الضعف بعد الاحاطة بما قدّمناه بل قيل : أنّه غير معروف القائل بل عن التحرير ﴿ و ﴾ غيره نسبة أصل الحكم إلى علمائنا .

نعم ﴿ لو أوصى بثلثه ﴾ الراجع إليه ﴿ لواحد ، وبثلثه ﴾ كذلك ﴿ لآخر كان ذلك رجوعاً عن الأوّل الى الثاني ﴾ للتضاد في متعلق الوصيّة الذي قد فرض اتحاده واختلاف الموصى له فليس الاّ الرجوع نحو الوصيّة بعين مخصوصة لزيد ، ثمّ الوصية بها نفسها لعمرو ونحوه ما كان بمعناه مما يحصل به التضاد صريحاً أو ظاهراً ، أما لو قال : ثلث مالي لزيد ، ثمّ قال : ثلث مالي لعمرو لم يكن رجوعاً لعدم العلم والظن بالاتحاد اللهّم الا أن يكون عرف أو قرينة تدل على ارادة الثلث الراجع إليه من ذلك ، فإنّه يكون رجوعاً أيضاً ، كما أنّه لو كان عرف أو قرينة تقضي بأن المراد من «ثلثي» لو فرض الاقتصار عليه في الوصيّة ثلث المال ، لا الراجع إليه خاصة ، لم يكن رجوعاً لعدم التضاد حينئذٍ بل يعطى الأوّل ثلثه الراجع إليه الذي صادفته الوصيّة الأولى ، ويتوقف في الثانية على الاجازة .

لكن المعروف بين الاصحاب أنّه باضافة الثلث إلى نفسه يكون رجوعاً ، بل عن خلاف الشيخ أنّ اجماع الفرقة وأخبارهم على الرجوع في ثلث ماله الذي لا ريب في أولوية المفروض منه كما عن التحرير نسبته إلى علمائنا ، بل اعترف به أيضاً في جامع المقاصد .

فما عن المهذب والمختلف والإيضاح – من أنّه ليس رجوعاً لعدم الصراحة في إرادة ثلثه الراجع إليه ، إذ هو ما دامَ حياً جميع المال في قبضته ومنسوب إليه ، ولعله لذا توقف فيه في القواعد ، بل ومحكي التحرير ، وإن نسبه إلى علمائنا – ضعيف ، ضرورة كفاية الظهور في الرجوع كالتصريح ، لصلاحية كلّ منهما لقطع الإستصحاب ودعوى عدم الظهور أيضاً كما ترى ضعيفة ، ومع تسليمها فالأمر سهل ، ضرورة رجوع النزاع إلى مفهوم عرفيّ يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

وقد ظهر لك من ذلك أن موضوع المسألة الأولى التي قلنا يبدأ بالأوّل فالأوّل فيها ، تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها ، وإن امتنع العمل بها جميعها ، لقصور الثلث أو المال ، بخلاف

الثانية التي قلنا أن الثانية تكون رجوعاً عن الأولى ، فإن موضوعها المتضادان اللذان لا يمكن جمعها في الخارج في حد ذاتها ، لا للقصور كما هو واضح .

من غير فرق بين كون الوصية بمقدار أو عين أو كسر ، فإن المدار على ما ذكرنا من الحكم بالرجوع مع التضاد صريحاً أو ظاهراً وعدمه مع عدمه .

ولعل هذا أولى ممّا في السرائر من تنقيح ذلك فإنه بعد أن ذكر أنَّ للموصى الرجوع في وصيّته ما دام حياً عاقلاً قال متصلاً بذلك – «وإذا أوصى الإنسان بثلث ماله لشخص ثم بعد ذلك أوصى بثلث ماله لغير ذلك الشخص كان الثلث لمن أوصى له أخيراً ، وكانت الوصية الأخيرة ناسخة للأولى ورافعة لحكمها ، لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلاّ ثلث ماله ، فإذا أوصى به لإنسان ثمّ أوصى به بعد ذلك لإنسان آخر فقد نقل الثلث الذي يستحقّه من الأوّل إلى الثاني ، لأنّه يعلم أنّه لا يستحق إلاّ الثلث ، فإذا أوصى به بعده فقد رجع عن الوصيّة الأولى ، وللإنسان أن يرجع عن وصيته ويبدّلها ويغيّر أحكامها ما دام حياً ثابت العقل فليلحظ ذلك ، فهذا قول أصحابنا ، وما يوجد في الكتب أنّه إذا أوصى للإنسان بوصيّة ثمّ أوصى بأخرى فإن أمكن العمل بهما جميعا وجب العمل بهما ، وإلاّ كان العمل على الأخيرة ، دون الأولى ، وأمّا إذا أوصى بشيء ولم يذكر الثلث ، ثمّ أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث ، فإن مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأوّل فالأوّل ، ويكون النقصان إن لم يف الثلث داخلاً على من ذكر أخيراً ، لأنّه لما أوصى للأوّل ما قال : أوصيت له بثلثي ، وكذلك الثاني والثالث فظنَّ أن ثلثه – يبلغ مقدار جميع ما ذكره ولم ينقل عن الأوّل ما أوصى له به وكذلك الثاني ، فلو علم أنّه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به ، لم يوص بعده بشيء آخر ، فإذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيراً ، فهذا الفرق بين المسألتين فلا يظنّ ظانٌ أن المسألتين واحدة ، وأن بينهما تناقضاً ، وأن مذهب أصحابنا أن الوصية الثانية ناسخة للأولى في جميع المواضع ، ولا أنّ الواجب بالأولى في الجميع ، إلى أن قال : ويدل على ما قلناه قول الشيخ في المبسوط ، ونقل ما تسمعه عنه من العبارة المشتملة على ما تعرف من الغرائب على ما حكاها في المختلف ، وأغرب من ذلك ما حكاها هو عنه ، ولعلّ نسخ المبسوط مختلفة ، فلاحظ وتأمل .

لكن لا يخفى عليك أن ما ذكرناه أجود منه ، ضرورة إمكان وصيته بثلث آخر اعتماداً على إجازة الوارث ، فلا يكون علمه بأنّه ليس إلاّ ثلث قرينة على اتحاد الموصى به ، لكلّ من الشخصين بثلث ماله ، بل ما ذكره أيضاً – من أنّ الموصى لم يرد إلاّ الوصية ، بمقدار ثلثه ، وإن اشتبه في سعته – واضح المنع ، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى .

وعلى كلّ حال فلا يتوهّم هنا أعمال قاعدة الإطلاق والتعميم ، والتخصيص في المقام ، حتى يتوجّه أنّه لو أوصى بثلث المال ثمّ بجميعه أو بالعكس – تخصيص الجميع بما عد الثُلث ، فيعطى ذو الجميع مع الإجازة الثلثان لو كان متأخراً ، أما لو كان هو المتقدم نفذ له الثلث ، وتوقف الثلث الثاني والثلث الموصى به للمتأخّر على الإجازة ، ولو قال : ثلثي لزيد ، ثمّ قال : جميع المال لعمرو ، توقف الوصية الثانية على الاجارة ، وكذا لو عكس ، ولا يكون رجوعاً عن مقدار الثلث ، لأنّه بما عرفت يكون المراد من جميع المال ما عدا ثلثه ، إلى غير ذلك ممّا يتفرع على هذا التقدير .

لكن الذي يظهر عدم مراعاته ، ولعله لأن المفهوم عرفاً في أمثال المقام عدم التقييد والتخصيص ، وأنّه كالخاص أو المقيد بعد حضور وقت العمل بالعام والمطلق ، أو كالاخبارات الّتي لا يجوز نحو ذلك فيها بعد الفراغ من التشاغل بها ، لأنّ وقت حاجتها حال وقوعها ، أو لأن المراد بها إنشاء تمليك ، ومثله لا يجري فيه الإطلاق و التقييد ، أو لغير ذلك ، وأما احتمال التزام الأصحاب ذلك كله فيما سمعت وغيره ، فإنّه يأباه ملاحظة كلماتهم .

ومن الغريب بعد ذلك كله ما وقع للكركي في المثام من أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة ، فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الإمكان ، وإنّما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلقها الثلث الّذي يجوز للمريض الوصيّة به ، فيجب حملها عليه ، كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه ، حملا للبيع على معناه الحقيقي وحينئذٍ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال : أوصيت بثلث لزيد ، وبثلث لعمرو ، فيكون الثاني ناسخا للأوّل ، فيقدم وأولى منه ما لو قال : ثلث مالي ، ثم فرّع عليه : أنّه لو أوصى لزيد بثلث ، ولعمرو بربع ، ولخالد بسدس وانتفت القرائن ، أن يكون الوصية الأخيرة رافعة للأوّل ، مع اعترافه لمخالف لما

صرح به جميع الأصحاب ، والحامل له على ذلك ما فهمه من أن اطلاق الوصيّة محمول على النافذة .

وأنت قد عرفت مما حققناه سابقاً أن الاطلاق في الوصيّة وغيرها من العقود إنّما يقتضي إرادة معنى ما تعلق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ ، لوجود المقتضى وارتفاع المانع ، وإن لم يصادف ذلك كان عقداً موصوفاً بالصحة القابلة للنفوذ وعدمه بسبب رفع المانع ، أو تحقق الشرط الشرعي وعدمها ، ففي البيع إذا علّقه على النصف من غير تعرض لكون المستحق له ، أو المشاع بينه وبين شريكه اقتضى نقل النصف في نفسه ، وله محل ينفذ فيه ، باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفاً ، فينفذ وينزل عليه تنزيلاً شرعياً لا قصديا ، بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك وكذا ما نحن فيه ، فإن الموصى إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلاّ تمليك الثلث في نفسه ، إلاّ أنّه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصى ثلثا ، نفذت الوصية به ، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضاً لم يصادف ذلك محلاً ينفذ فيه ، لسبق السُبب الأوّل ، وإنّما صادف محلاً ينفذ فيه مع الإجازة ، فيتعلق حينئذٍ كذلك ، على حسب ما صادف كما هو واضح ، ولا يسمى مثله باطلاً ، بل هو صحيح خصوصاً بعد بناء الأصحاب في المقام من كون الاجازة تنفيذاً ، لا ابتداء عطية ، كما عرفت ، فتصرف الموصى حينئذٍ يقع في ماله ، إلاّ أنّه كان متوقفاً على إجازة الوارث ، وبها يتم تصرّفه في ماله ، لا أنّه يكون التصرف من الوارث ، فلا دلالة في الوصية الثانية على الرجوع عن الأولى لعدم التضاد بينهما بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى ، فإنّه يحصل التضاد فليس إلاّ الفسخ والرجوع ويكون الثاني كالوارد على الأول فينسخه ، ضرورة كونه حينئذٍ كالدليل الوارد على الأصل ، إذ لا معارض للثانية إلاّ استصحاب صحّة الأولى المعارض بما وقع من نفس الوصيّة الثانية ، ومن هنا حكمنا بنسخ الأولى للثانية ، دون العكس ، وكذا لو قال ثلث لزيد ثمّ قال ثلثي لعمرو ، فإنّه رجوع بخلاف العكس .

وبما ذكرنا يظهر لك الحال فيما ذكره جملة من الأصحاب في المقام ، فإنّه كما في المسالك قد اختلف اختلافاً كثيراً حتّى من الرجل الواحد في الكتب المتعدّدة بل الكتاب الواحد ، بل فيها

أنّه اتفق لشيخ الطائفة غرائب في المسألة حيث قال في الخلاف : «إذا أوصى بثلث ماله لإنسان ، ثمّ أوصى بثلث ماله لغيره ولم يجز الورثة كانت الوصيّة الثانية رافعة للأولى ، وناسخة لها ، ثمّ استدلّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم ، وبأنه لو قال : العبد الّذي أوصيت به لفلان ، قد أوصيت به لفلان ، فإنّه يكون رجوعاً عن الأولى ، فكذا إذا أطلق ، وادَّعى عدم الفرق بين المقيد والمطلق ، ثمّ قال فيه أيضاً لو أوصى لشخص بماله ، ولآخر بثلثه ، وأجازوا بطل الأخير «ولو بدیء بالثلث وأجازوا أعطى الأوّل الثلث والأخير الثلثين» وهذا ظاهر المنافاة للسابق الّذي ادعى عليه الإجماع ، لأن الثلث في المسألة الثانية مضاف إليه ، فهو أقوى في إرادة ثلثه الخاص به ، من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعاً ، وكون السابق في الثانية جميع ماله ، لا يؤثر في دفع المنافاة ، لأن جميع ماله متضمن للثلث الذي أوصى به ثانياً ، وما احتجّ من الأخبار لم نقف عليه أصلا ، إلاّ من حيث عموم ما دلّ منها على جواز الرجوع عن الوصية ، وذلك لا يفيده ، لمنع تناوله للمتنازع ، وأما عدم فرقة بين المطلق والمقيد فغنيّ عن الجواب .

قلت : ومضافاً إلى ذلك أنّه إذا حمل المطلق على إرادة ثلثه ، لم يتّجه اشتراط عدم اجازة الوارث في الفسخ والرجوع ، ضرورة عدم مدخلية ذلك فيه والمتّجه فيما ذكره من المثال الثاني بناء على المختار الرجوع في مقدار ثلثه ، للتضاد فيه ، فمع الإجازة يعطى ذو الوصيّة بجميع المال الثلثين ، ويختصّ الآخر بثلث الميّت ، من غير حاجة إلى إجازة ، ومع عدمها يختص البطلان بالوصية الأولى التي قد رجع عن الوصيّة بثلثه فيها ، وأما صورة العكس فالمتّجه فيها مع الإجازة اختصاص الثاني بالمال كلّه ، لأنها مضادة للأولى في ثلث الميت ، فتكون رجوعاً ، فتتوقف في الباقي على الإجازة ، ومع عدمها يختص بالثلث ، وتبطل في الثلثين .

وعلى كلّ حال تبطل الأولى ، وكأنّه رحمه الله قد استعمل هنا قاعدة الإطلاق والتقييد التي قد عرفت الحال فيها ، فقال في المحكي من مبسوطه ، بعد أن ذكر ما سمعته من الخلاف : رجل أوصى بثلث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث ، قد بيّنا مذهبنا فيه ، و هو أن يمضي الأوّل ، فإن اشتبه استعمل القرعة فجزم في هذه بتقديم الأولى ناسباً له إلى مذهبنا ، ثمّ قال بعد ذلك : إذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله ، ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيّتان بثلثي

ماله ، وكذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ، ثمّ أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه ، فهما وصيّتان وتكون الثانية رجوعاً عن الأولى ، ومنهم قال : لا يكون رجوعاً فمن قال : أنّه ليس برجوع لها إن أجاز الورثة يكون لكلّ واحد منهما ثلث ماله ، وكذا يقول من قال هو رجوع ، ولو ردّ أحدهما فعلى ما قلناه من أن الثاني رجوع عن الأولى ينظر فإن رجع الأول فلا تأثير لرجوعه ، لأن الوصية له قد بطلت بالوصية للثاني ، فإن رجع الثاني ولم يقبلها رجع المال للورثة ، لأنَّ الوصيّة للأوّل كان قد بطلت بالوصيّة للثاني ، وهذا ظاهر التنافي ، إذ لا فرق بينهما إلا بالوارث والأجنبي اللذين لا مدخلية لها في ذلك عندنا ، خلافاً للعامة ، مضافاً إلى ما سمعته من الخلاف من الإجماع على النسخ في نحو الفرض الذي قد جزم فيه بتقديم الأولى ، و إلى ما في قوله فهاتان وصيتان بثلثي ماله من الإشكال ، ضرورة كونه على تقدير الرجوع ليس إلاّ وصية بثلث واحد ، كالعبد الذي فرضه مثالاً ، بل وإلى ما في قوله بعد ذلك «وكذا يقول من قال هو رجوع» من الإشكال أيضاً ، ضرورة أن القائل بالرجوع يقول ليس إلاّ الثلث للثاني ، كما هو واضح .

وقد حكاها فيما حضرنا من السرائر عن المبسوط بطريق آخر أشكل من ذلك ، ولعل نسخ المبسوط مختلفة فلاحظ وتأمل ، والضابط في المسألة ما عرفت ، وبمراعاته تعرف كثيراً من نحو ذلك في كلامهم ، والظاهر عدم الفرق في تحقق الرجوع بالتضاد بين كون متعلّق الوصية ثلث الميت ، وكون متعلقها ثلثي الوارث وفائدة الرجوع فيهما عدم الصحّة المنسوخة حتى لو أجاز الوارث ، لبطلانها بالرجوع ، فلا تنفع الإجازة .

ولا يتوهّم أن تعدد الوصايا فيها لتعدد العقد من الفضولي الذي يخيّر المالك في إجارة ما شاء من العقدين ، أو العقود ، ضرورة وضوح الفرق بين المقامين بما عرفت من أنّ الاجازة هنا تنفيذ لا هبة بمعنى رضى الوارث أن لا يكون وارثاً ، فيكون التصرّف من الموصى ، بخلاف الفضولي في البيع مثلا كما هو واضح بأدنى تأمل .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو اشتبه الأوّل ﴾ الذي يستحق الوصيّة ، أو رجع عنه ﴿ استخرج بالقرعة ﴾ التي هي لكلّ أمر مشكل ، باعتبار عدم اندراجه في قاعدة من قواعد الشرع ، فيكتب حينئذٍ اسم أحدهما وأنّه السابق ، أو المتأخّر في رقعة ، و في أُخرى

كذلك ثمّ يخفيان ثمّ يخرج أحدهما ، ويعمل عليها ، وهكذا مع التعدّد كما أنه يرجع إليها أيضا لو اشتبه الحال في وجود الأوّل وعدمه ، ثمّ على تقديره ففي تعيينه ، وإن كان كيفيتها حينئذٍ باستخراج وجود أوّل وعدمه أوّلا ، فإن خرج أنَّ فيها أوّل ، استعملت في إخراجه حينئذٍ بالكيفية السابقة .

ولو أوصى بوصايا تزيد على الثلث ، فلم يـجز الوارث شيئاً معيناً منها ، ولكن لم يعلم أنها على الترتيب على الوجه يكون المعين الذي لم يجزه الوارث هو الزائد على الثلث أو كانت الوصايا دفعة ، أقرع أوّلا لبيان أنّها دفعة أو مرتّبة ، فإن كان الأوّل ، أقرع أيضا لإخراج ما يختص بعدم الاجازة منها ، فإن الظاهر عدم الخيار للوارث في ذلك لأن أقصى ماله عدم اجازة الزائد ، وأما تعيينه بعد فرض تعلق حق الوصية في الجميع فبالقرعة ، وإن كان الثاني ، جعل جميع المحتملات سهاماً متعدّدة ، واستخرج أحدها وعمل عليه ، وبالتأمل في نحو ذلك يظهر لك الحال في فروع متعدّدة ، والله العالم .

﴿ ولو أوصى بعتق مماليكه ، دخل في ذلك من يملكه منفرداً ، ومن يملك بعضه ﴾ بناء على صدق اسم المملوك على الكلّ والبعض ، وإن كان لا يخلو من شيء في عرف هذا العصر ، وعمومية الجمع المضاف ، إنّما هي فيما يصدق عليه مفرده ، لكن ليس محلّ البحث هنا من هذه الجهة ، إذ يمكن بحيث يتناول ذلك ﴿ و ﴾ لو بالقرينة .

إنّما الكلام في أنّه إذا فعل ذلك ﴿ اعتق نصيبه حسب ﴾ كما هو المعروف بين الأصحاب بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه ، لأصالة عدم السراية ، ولأن العتق إنّما حصل بعد الموت ، ولا مال بعده للموصى كي يقوَّم عليه ، أ ﴿ و ﴾ كما ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ في نهايته وتبعه الفاضل في المحكى من مختلفه ﴿ يقوم عليه حصّة شريكه ، ان احتمل ثلثه ذلك ، وإلاّ أعتق منهم ما يحتمله الثلث ﴾ خاصّة ﴿ وبه رواية فيها ضعف ﴾ كما في المسالك ، لكن في الفقيه روايته عن البزنطيّ عن أحمد ابن زياد المزبور ، وهو من أصحاب الإجماع ، بل قيل : أنّه لا يروي إلاّ عن ثقة[1]

(١) الوسائل الباب – ٧٤ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ الفقيه ج ٤ ص ١٥٨ وفيه فكتب عليه السلام (بدل فقال) .

قال : «سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن الرجل تحضره الوفاة ، وله مماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة آخر فيوصى في وصيّته مماليكي احرار ، ما حال مماليكه الذين في الشركة ؟ فقال يُقَوَّمون إن كان ماله يحتمل ثمّ هم أحرار» إلاّ أنه – مع عدم جمعه شرائط الحجية ما خلا مماليكي الذين في الشركة ، وحينئذٍ يخرج عما نحن فيه ، ويراد بالتقويم منه بالنسبة إلى الثلث – محتمل أو ظاهر في التنجيز الذي يطلق على نحوه أنّه وصية ، إذا كان في مرض الموت وحينئذٍ سراية العتق مع احتمال الثلث متجهة ، لحصول الشرط ، أو يحمل على الوصية ، لكن يُفرض أن الميت له مال بقطع رأسه بعد موته ، فإن لديه له دون الوارث ، أو أنّه قد أوصى بثلثه على وجه يكون له ، فإنّه يصحّ ، ويصرف في مصالحه فإنّه قد يقال بالسراية حينئذٍ ، باعتبار كون الميت له مال فيحصل الشرط ، بخلاف ما إذا لم يوص ، فإنّه لا ثلث له حينئذٍ ، فلا يكون له مال ، فلم يوجد سبب السراية .

ودعوى كون الوصيّة التي هي سبب السبب قد وقعت في حال الحياة وله مال يدفعها أن السبب العتق لا الوصيّة ، والفرض وقوعه في حال لا مال له فيه فلا يترتب عليه مسبّبه الذي هو السراية ، ضرورة تخلف المسبب عن السبب إذا لم يحصل الشرط كما هو واضح .

﴿ ولو أوصى بشيء واحد لاثنين ﴾ على وجه لا ترتيب بينهما ، بأن كان بلفظ واحد مثلاً ، كما لو قال : لزيد وعمرو مائة ، أو قال : لزيد وعمرو الدار الفلانية ، لكلّ واحد نصفها ، بل وكذا لو قال : لهما الدار لزيد البيت الفلاني منها ، والباقي لعمرو ، لأن تفصيله وقع بيانا لما أجمله أوّلاً ، وقد أوصى به دفعة .

نعم لو اقتصر على التفصيل كان وصيتين .

وعلى كلّ حال فإذا أوصى لهما بوصية واحدة على التخصيص أو الإشاعة ﴿ وهو ﴾ أي الموصى به ﴿ يزيد عن الثلث ولم يجز الورثة كان لهما ما يحتمله الثلث ﴾ ويبطل الباقي ، لأنّها وصية واحدة ﴿ و ﴾ أما ﴿ لو جعل لكل واحد منهما شيئاً ﴾ مرتبا في وصيته لكلّ واحد منهما بوصيّة مستقلّة ، كما لو قال : لزيد مائة ، ولعمرو خمسون ﴿ بدو بعطية الأوّل وكان النقص على الثاني منهما ﴾ بلا إشكال في شيء من ذلك ، ولا خلاف ، ضرورة

كونها في الثاني وصيّتين متعاقبتين ، وقد عرفت سابقا حكم الوصايا المتعدّدة المتعاقبة ﴿ ولو أوصى بنصف ماله مثلاً ، فأجاز الورثة ، ثمّ قالوا : ظننا أنّه قليل ، قضى عليهم بما ظنوه ، وأحلفوا على الزائد ﴾ فلو قالوا ظننا أنّه ألف درهم فظهر ألف دينار قضى عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم ، وأحلفوا على نفى ظن الزيادة ، أو عدم اجازتها ، لموافقة دعواهم لأصل عدم الإجازة ، ولأصل عدم العلم بالزائد ، المستند إلى أصل عدم الزيادة مضافاً إلى أن المال مما يخفى ، وإلى أن دعويهم يمكن أن تكون صادقة ، ولا يمكن الإطلاع عليها إلاّ من قبلهم ، لأن الظنّ من الأمور النفسانية ، فلو لم يكتف باليمين لزم الضرر ، لتعذر إقامة البينة على دعواهم .

وهذا الحكم وإن ذكره غير واحد من الأصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً ، ﴿ و ﴾ إن قال المصنف هنا ﴿ فيه تردّد ﴾ لكنّه محتاج إلى تفصيل ، ضرورة كون الظنّ المزبور تارة يكون ، من المقارنات ، بحيث لا يكون مقيداً للإجازة ، وأُخرى يكون كذلك بأن يرجع إلى اجازة ما ظنّوه أنّه نصف ماله .

أما الأوّل فلا ريب في تأثير الإجازة فيما تعلقت به ، سواء كان المجيز ظانا لمصداق خاص أو قاطعاً به ، أو مجرداً عن ذلك ، ضرورة عدم مدخلية الحال المزبور في ذلك .

وأما الثانية فلا ريب في تقييد الاجازة باللفظ الّذي له معنى في الواقع ، إنّما الكلام في قبول دعوى ذلك منهم بعد فرض تعلق ما صدر منهم من الاجازة باللفظ الّذي له معنى في الواقع ، ويجب الأخذ به في الإقرارات ، والنذور ، والوصايا ، والعقود ، وغيرها ، والأصل عدم ظنّه قلّة المال ، و عدم ظنّ كثرته ، ولو سلّم فالأصل عدم تقييد الإجازة بذلك ، ومجرد وجود الظن أعمّ من ذلك كما عرفت ، فقبول الدعوى في أصل الظنّ وفي تقييد الاجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها في خلافه للضوابط الشرعية ، كما هو واضح .

ولعلّ تردّد المصنّف فيه من ذلك ، وإليه أو بعضه يرجع ما وجّهه به في المسالك فإنّه جعله ممّا سمعته أولا ، ومن تناول اللفظ للقليل والكثير ، والاقدام على ذلك مع كون المال مما يخفى ، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلالة على معنى يعمّ الجميع ، إلى دعوى ظن يجوز كذبه ولكن مع ذلك قال «الأقوى القبول» .

وكيف كان فحيث تنزل الاجازة على المظنون ولو للقرائن يدفع للموصى له نصف ما ظنّوه وثلث باقي التركة ، لنفوذ الوصية في ثلثه ، وعدم الاجازة إنّما أبطل الوصية في الزائد عليه ، بالنسبة إليه خاصة بخلاف ما ظنوه ، فإنّ الوصيّة نفذت في ثلثه ، والزائد عليه للاجازة كما هو واضح .

هذا كله اذا أوصى بجزء مشاع ﴿ أما لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصيّة ثمّ ادعوا أنّهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث ، أو أزيد بيسير ، لم يلتفت إلى دعواهم لأن الاجازة هنا تضمنت معلوماً ﴾ لا مجهولاً كالنصف والثلث فلا تسمع دعواهم التي هي مخالفة للبناء على أصل قلّة المال ، وعدم كثرته ، فهي كأنّها مخالفة للأصل ، وبذلك فرقوا بين المسألتين .

لكن مال في الدروس إلى التسوية بينهما في القبول وجعله في محكي التحرير وجهاً وفي القواعد احتمالاً ، ووجهه أن الاجازة وإن وقعت على معلوم ، إلا أن كونه بمقدار الثلث أو ما قاربه مما يتسامح فيه ، إنّما يعلم بعد العلم بمقدار التركة ، والأصل عدم علمهم بمقدارها ، وبناؤهم على الظنّ فكما احتمل ظنّهم قلّة النصف في نفسه يحتمل ظنّهم قلّة المعين بالإضافة إلى المجموع ، وإن لم يكن قليلاً في نفسه ، ومخالفة الأصل هنا ، بظنّهم كثرة المال مع أن الأصل عدمه ، لا يؤثر في دفع الظنّ عنه ، واعتقاد كثرته ، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة ، ولكن ظهر عليه دين قدّم على الوصيّة ، فقلّ المال الفاضل عنهما ، وهذا موافق للأصل كالأوّل ، وأيضا عمدة المقتضى للقبول في الأوّل ، امكان صدقهم في الدعوى ، وتعذر اقامة البيّنة بما يعتقدونه ، وهو متحقق هنا ، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة ، وذلك يقتضي جهالة القدر المعين من التركة كالمشاع ، ومن ذلك قال في المسالك «لعل القبول أوجه» لكنّك خبير بعد الاحاطة بما ذكرناه في السابقة أن عدم القبول هنا أوجه وأولى ، بل لو سلّم لهم ظنّ ذلك لم تتقيّد به الاجازة ، وهو واضح ، والله العالم .

﴿ وإذا أوصى بثلث ماله مشاعا كان للموصى له من كلّ شيء ثلثه ﴾ على حسب ما أوصى به الموصى ، فيكون شريكاً للوارث بالمقدار المعلوم ﴿ وإن أوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت ﴾ والقبول لما عرفته سابقاً من أن له حصر ثلثه في عين

معينة ، لعموم أدلّة الوصيّة السالم عن المعارض ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ ـلا اعتراض فيه للورثة و ﴾ لا حاجة إلى إجازتهم ذلك .

نعم ﴿ لو كان له مال غائب أخذ له من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر ﴾ إن كانت قابلة للقسمة ، وإلاّ ملك المقدار المزبور من غير اعتراض للوارث عليه .

﴿ و ﴾ على كلّ حال ﴿ يقف الباقي حتى يحصل من ﴾ المال ﴿ الغائب ﴾ ما يحتمله ﴿ لأنّ الغائب معرض للتلف ﴾ فلو دفع جميع العين للموصى له ، ثمّ تلف المال دخل الضرر على الوارث ، بخلاف ما قابل المال الحاضر ، فإنّه لا ضرر عليه أصلاً ، ومن هنا يتّجه جواز التصرّف للموصى له فيما أخذه من العين في مقابلة ثلث المال الحاضر ، لعموم[1] «تسلط الناس على أموالهم» ولا ضرر على الوارث ، وإن اختلف تصرفه في ذلك بالنسبة إلى ما انتقل إليه من العين من حيث الإشاعة وعدمها ، فإنّه يتصرّف على حسب المال المنتقل إليه .

واحتمال أنّ تسلّطه على ذلك مشروط بتسلط الوارث على ما قابل الباقي من المال الغائب لا دليل عليه ، فما وقع من الإشكال فيه من بعضهم في غير محلّه ، ولقد أجاد في المسالك في ردّه «بأن مجرّد الاحتمال لا يقوم دليلاً على منع المالك المستقر ملكه على الثلث ، مع كون الباقي غير خارج عن ملكه ، بل استقر ملكه له موقوف على حصول الغائب وإلا فأصل الملك حاصل بالوصيّة والقبول ، والخروج عن الثلث في الجملة ، ومن ثمّ لو حفر الغائب كما نماء العين أجمع للموصى له ، ومراعاة حق الوارث باحتمال تلف المال تحصل بإيقاف ما زاد على الثلث إلى أن يظهر الحال» قلت : بل إن لم يقم اجماع أمكن أن يقال : للموصى له التصرف في تمام العين الموصى بها بمجرّد سعة ثلث المال لها ، وإن كان غائباً ، لإطلاق أدلة الوصيّة ، وإن كان للوارث الرجوع عليه لو تلف المال قبل قبضه فإنّه ينكشف حينئذٍ عدم ملك الموصى له تمامها ، أو ينفسخ ملكه به ، ولعل المتّجه بناء على ما سمعته من المسالك ذلك ، لأن عدم الإستقرار لا ينافي تصرف المالك في ملكه للعمومات .

---

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .

لكن لما كان مرجع ذلك إلى الحكم بملكيّة الموصى له إلى أن يحصل التلف ، لإطلاق أدلة الوصيّة ، فيكون هو كالمانع عن بقاء الملك ليحصل الفسخ به ، المعارض باحتمال أنّ المال على ملك الوارث إلى أن يحصل ما يقابل الموصى به ، لعدم ملك الموصى غير الثلث المشاع مع الوارث ، فلا يملك الموصى له العين إلاّ مع حصول ضعفه من ثلثه للوارث ، ولعلّه لعدم ظهور الأدلة في شيء من ذلك حكم المصنّف وغـيره بالإيقاف في يد مؤتمن إلى أن يظهر الحال ، كما يوقف نصيب الحمل والمال الّذي باعه مالكه لآخر فضولا إلى حصول الولادة والإجازة ،ولأنّ أصالة عدم التلف معارض بأصالة عدم القبض والله العالم .

﴿ فرع ﴾

﴿ لو أوصى بثلث عبده ﴾ المملوك له في ظاهر الحال ﴿ فخرج ثلثاه مستحقاً ، انصرف الوصيّة إلى الثلث الباقي ، تحصيلاً لإمكان العمل بالوصيّة ﴾ الّذي يجب مراعاته ما دام ممكنا ، ولا ينزل ذلك على الإشاعة حتى يصحّ في ثلث الثلث خاصة كالأقرار كما عن بعض العامة لما عرفته سابقاً من أن الوصيّة متى صادفت محلاً قابلا للنفوذ نفذت وهو في الفرض متحقق ، وكذا البيع على الأصحّ وجواز الفضولي فيه أو فيها ، أيضاً لا ينافي ذلك ، فما هي المسالك من بناء هذه المسألة على ذلك في غير محله فحينئذٍ إن وسع المال أعطى الموصى له تمام الثلث ، وإن لم يكن له سواه نفذت الوصيّة في ثلث الثلث أو وقف في الباقي على الإجازة كما هو واضح .

﴿ ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم ﴾ للإشتراك لفظا أو معنى ﴿ انصرف إلى المحلل ، تحصينا لقصد المسلم عن المحرّم ﴾ ولكلامه عن اللغو أو المنهى عنه شرعاً ، ولوجوب تنفيذ الوصيّة فلذلك وجب صرفه إلى المحلل ، وذلك ﴿ كما أوصى ﴾ بطبل من طبوله كان منها المحلل والمحرك بل أو ﴿ بعود من عيدانه ﴾ بناء على عدم انصرافه إلى اللهو ، وإلاّ بطلت الوصيّة فيه ، كما في كلّ لفظ ظاهر في المحرم ، ولو للقرينة ، لأن أصالة الصحّة لا تعارض ظاهر اللفظ ، وإنّما أقصاها تعيين ما لا يظهر فيه من الألفاظ بخلافها ، وإلاّ كان مقدما عليها ، لعموم ما دلّ على العمل بظاهره ، وترتيب الأحكام عليه ، كما هو مبيّن في

محلّه .

﴿ ولو لم يكن له عود إلاّ عود اللهو ﴾ وأمكن تحويله إلى الصفة المحلّلة مع بقاء اسم العود عليه ﴿ قيل : تبطل ﴾ الوصيّة ، لأنها بغير المشروع ﴿ وقيل تصحّ ويزال عنه الصفة المحرّمة ﴾ وهو الأقوى ، لإطلاق أدلة الوصيّة ، وكونه على صفة محرّمة لا يخرجه عن الملكيّة ، والفرض عدم الوصيّة به مقيّداً ببقائه على تلك الصفة ، كي يكون الوصيّة به من غير المشروع .

نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود ، اتّجه البطلان حينئذٍ ، لعدم التمكن من انفادها على وجهها ، إذ شراء عود له ذي صفة محلّلة خروج عنها ، و الفرض عدم غيره عنده ، وأنَّ إزالة الصفة المحرّمة متوقعة على اخراج إسمه القاضي ببطلان الوصيّة به .

ودعوى أنّه إذا انتقل إلى الموصى له ، فله أن يفعل به ما شاء ، ومن جملته كسره بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفة المحرّمة عليه ، فلا يقدح ذلك في جواز الوصيّة يدفعها أن صحّتها موقوفة على كسره فيدور ، ولو قيل : إنّه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور ، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الّذي هو متعلق الوصيّة ، فلا يكون كسره موصى به ، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الإمتثال .

وإلى ما ذكرنا يرجع قول المصنّف ﴿ أم لو لم يكن فيه منفعة إلاّ ﴾ المنفعة ﴿ المحرّمة بطلت الوصيّة ﴾ وإن قال في المسالك : اطلاق العبارة يقتضي أن زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة لو تحقق بكسره الانتفاع بخشبة في بعض المنافع المحلّلة كفى في الصحّة على هذا القول ، ثمّ أشكله بما عرفت .

لكن قد يقال : إن مراد القائل الإزالة الّتي لا تخرجه عن اسم الموصى به ، والأمر سهل والله العالم .

﴿ وتصحّ الوصيّة بالكلاب المملوكة ككلب الصيد ، والماشية ، والحائط ، والزرع ﴾ وبالجَرْوِ القابل للتغليم ، لما عرفته مفصلاً في كتاب البيع ، بل لعل الأقوى جواز

الوصيّة بها ، وإن لم نقل بملكها ، وجواز بيعها لثبوت الاختصاص الكافي في صحّة الوصية بها .

نعم لا تصحّ الوصية بالكلب الّذي لا يجوز اقتناؤه ، لعدم ثبوت يد اختصاص عليه ، بخلاف ما تثبت يد الإختصاص فيه ، بل يقوى جواز الوصيّة به وإن لم يكن في التركة لوجوب تنزيلها على تحصيله بمعاوضة الصلح مع التركة ونحوه ، وتعذر البيع خاصة لا يبطلها ، فما في المسالك من أن الأقوى البطلان واضح الضعف والله العالم .

﴿ الطرف الثاني : في الوصيّة المبهمة ﴾

لغة وعرفاً ﴿ من أوصى بجزء من ماله ففيه روايتان أشهرهما ﴾ رواية ﴿ العُشر ﴾ وفتوى السُّبع ﴿ وفي رواية ﴾ ثالثة لم نجد العامل بها ﴿ سبع الثلث ﴾ ولعل الأقوى الأوّل .

لقول أبي جعفر عليه‌السلام في حسن أبان بن تغلب [1] «الجزء واحد من عشرة ، لأن الجبال عشرة والطيور أربعة» .

وصحيح عبد الله بن سنان [2] على ما في الإستبصار والمختلف والدروس «أن امرأة أوصت إليّ وقالت : ثلثي تقضي منه ديني ، وجزء منه لفلانة فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى ؟ فقال : ما أرى لها شيئا ما أدري ما الجزء فسألت عنه أبا عبد الله عليه‌السلام بعد ذلك ، وخبّرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى ، فقال : كذب ابن أبي ليلى ، لها عشر الثلث ، إنَّ الله عزَّ وجلَّ أمر إبراهيم عليه‌السلام فقال : «اجعل على كلّ جبل منهن جزءاً» وكانت الجبال يومئذٍ عشرة ، فالجزء هو العُشر من الشيء» .

ورواه في التهذيب عن عبد الله سنان عن عبد الرحمن بن سيابة ، وحينئذٍ لا تكون الرواية صحيحة كما أطنب به في المسالك ، لأن ابن سيابة مجهول ، وفيه منع اتحاد الرواية ، إذ يمكن

(١) الوسائل الباب – ٥٤ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .
(٢) الوسائل الباب – ٥٤ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ و ٣ و ٨ و ٩ .

رواية ابن سنان تارة بواسطة ، وأخرى بدونها ، على أن ابن سيابة يمكن استفادة عدالته من توكيل الصادق عليه‌السلام إيّاه قسمة الألف دينار عيال من قتل مع عمه زيد وغير ذلك .

وخبر معاوية بن عمار[١] «وسألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ؟ قال : جزء من عشرة ، قال الله عز وجلّ» ثم اجعل على كلّ جبل منهنّ جزءاً» إلى آخره .

وخبر عبد الصمد بن بشير[٢] المروى عن تفسير العياشي عن جعفر بن محمّد عليه‌السلام في حديث أنّه سئل عن رجل أوصى بجزء ماله ؟ فقال : هذا في كتاب الله ، إنّ الله يقول اجعل» إلى آخره .

ومرسل أبى جعفر بن سليمان[١] المروى فيه أيضاً في حديث إنّ رجلاً مات وأوصى إليه بمائة ألف درهم وأمره أن يعطى أبا حنيفة منها جزءا فسأل عنها جعفر بن محمّد عليه‌السلام وأبو حنيفة حاضر فقال له جعفر بن محمّد عليه‌السلام ما تقول فيها يا أبا حنيفة؟ فقال : الربع ، فقال : لابن أبي ليلى فقال : الربع ، فقال جعفر بن محمّد عليه‌السلام من أين قلتم : الربع فقالوا : لقول الله تعالى فخذ أربعة من الطير الى آخره فقال أبو عبد الله عليه‌السلام من هذا قد علمت الطير أربعة ، فكم كانت الجبال إنّما الأجزاء للجبال ليس للطير . قالوا ظننّا أنها أربعة ، فقال أبو عبد الله عليه‌السلام : لا ولكن الجبال عشرة » إلى غير ذلك من النصوص المروية فى الكتب الاربعة وغيرها المشتملة على ما هو كالمعجز عن الاستدلال الّذي مرجعه أنّه لما أوصى بالجزء وقد علم عدم إرادة الموصي العمل بمطلق مسمّاه الذى يرجع إلى السفه فى الوصية به ، كما أنّه لاحدّ معلوم فى العرف لأقل ما يصدق به فى امتثال الوصية فكشفه عليه‌السلام كما كشف أقلّ مسمى الركوع ، وأقل المسافة وغير ذلك ، أو أنه حدّده بذلك حكما منه عليه‌السلام كما هو الأقوى ، ضرورة صدق الجزء على الأقل من ذلك عرفاً ، بخلاف الركوع ونحوه ، فليس حينئذٍ إلاّ التحديد منه ، ولو بقطع النزاع .

ولعل اخباره لذلك دون غيره باعتبار اطلاق لفظ الجزء على العُشر في كتاب الله ، وليس

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢و٣و٨و٩

(٣) المصدر نفسه الحديث ٩ .

فيه ولا في السنة استعمال مطلقه في أقل من ذلك ، فلا ينافيه حينئذٍ استعماله في الأكثر ، ضرورة كون المراد التحديد بأقل مصداق استعمل فيه مطلقه ، فيجزي فيه حينئذٍ كما يجزي الأكثر منه ، وحينئذٍ فاستعماله في السبع في قوله تعالى [1] «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم» لا يقتضي التحديد به ، لكون العُشر أقل منه ، ومن ذلك ترجح هذه النصوص التي تضمّنت التحديد به .

لصحيح البزنطي [2] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال الجزء من سبعة ، إنّ الله يقول : لها سبعة أبواب» إلى آخره .

وخبر اسماعيل بن همام الكندي [3] عن الرضا عليه‌السلام «في الرجل أوصى بجزء من ماله فقال الجزء من سبعة ، إنّ الله يقول : لها» إلى آخره .

والمرسل في المحكي عن ارشاد المفيد [4] عن أمير المؤمنين عليه‌السلام «في رجل أوصى بجزء من ماله ولم يعيّنه ، فاختلف الوارث بعده في ذلك ، فقضى عليهم باخراج السبع من ماله ، وتَلى قوله : لها» إلى آخره مضافاً إلى قصورها عنها عدداً ، بل ودلالة .

فمن هنا حملها الشيخ على استحباب اعطاء السبع للوارث ، ولا بأس به بعد رجحان الأولى عليها ، لما عرفت ، وباتفاقها جميعاً على عشر المال بخلاف روايات السبع فإن ما سمعته منها يدلّ على سبع الأصل .

وخبر الحسين بن خالد [5] يدل على سُبع الثلث قال «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله قال : سبع ثلثه» ويمكن حمله على معلوميّة إرادة السائل ثلثه من ماله ، لا جميع المال .

وعلى كلّ حال فالقول بالعُشر هو الأقوى ، وقد عرفت أنّه تحديد شرعيّ لما لم يقصد الموصي خلافه ، أما لو علم قصده ، اتبع لو علم منه إرادة المطلق الشامل للعشر وغيره ، الّذي هو بمنزلة

---

(١) سورة الحجر الآية ٤٤ .

(٢ - ٤) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١٤ و١٣ و٧ .

(٥) الوسائل الباب -٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١٤ و١٣ و٧ .

التصريح بذلك ، بل التحديد لمن أوصى بالجزء وعلم منه عدم إرادة مطلق مسماه ، وعدم ما ينافي التحديد بالعشر ، والظاهر اختصاص هذا التحديد بالوصيّة ، ولا يسرى منها إلى غيرها ، وإن كان قد يتوهم من النصوص السابقة المشتملة على الاستدلال التقريبي لا التحقيقي ، بل لو أوصى بجزء الجزء احتمل عدم التعدية ، والرجوع إلى مطلق المسمّى ، ومع فرض العلم بعدم إرادة يقتصر على ما علم إرادته ، وتمثيل بغيره ، أو ينحصر الامتثال بمظنون الإرادته ، ويحتمل التعدى ، فيحمل حينئذٍ على عشر العشر عندنا ، أو على سبع السبع على القول الآخر .

وكيف كان فمن الغريب ما عن الصدوق من الجمع بين النصوص بأنّه قد جرت العادة في السابق لاصحاب الاموال بتجزية المال تارة عشرة ، وأخرى سبعة فينصرف الجزء حينئذٍ على حسبما وقع من التجزية ، وقال أيضاً : إن حمل الجزء على العشر والسبع إنّما يصحّ إذا كانت الوصيّة من العارف باللّغة دون غيره من جمهور الناس ، فإنّه لا تصح الوصيّة منه بذلك ، حتى يبيّنه .

وهو كما ترى فيه نظر من وجوه تظهر بأدنى ، تأمل مما قدّمناه ، وما ذكره من العادة لم نعرف أحدا غيره حكاه ، كما أنّ من الواضح كون محل البحث حال عدم القرينة لا معها ، ولا وجه للبطلان مع عدمها وقطع النظر عن النصوص بل يرجع إلى مسمّاه أو إلى أقل ما يصدق عليه ممّا يتموّل ، بعد العلم بانتفاء إرادة مطلق المسمى كغيره من الألفاظ والله العالم .

﴿ ولو كان أوصى بسهم كان ثُمناً ﴾ عند الأكثر ، بل المشهور ، بل ظاهر ايضاح النافع الإجماع عليه ، كما عن السرائر أنّه المعمول عليه .

لصحيح البزنطي[١] «سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال : السهم واحد من ثمانية ، ثمّ قرأ : انما الصدقات » وكذا حسن صفوان[٢] عن الرضا عليه‌السلام وموثق السكوني[٣] عن أبي عبد الله عليه‌السلام وعن إرشاد المفيد نسبة ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عليه‌السلام[٤] «في رجل أوصى عند موته بسهم ، ولم يبيّنه فاختلف الورثة في معناه ،

(١ - ٤) الوسائل الباب -٥٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ و٢ و٣ و٧ و٤ و٥ .

فقضى عليهم بذلك وتلى الآية » وحينئذٍ فما فى خبر طلحة بن يزيد [١] عن أبي عبد الله عن أبيه عليه‌السلام قال : «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة » من الشواذّ الّتي لا تعارض ما سمعت ، وربما حمل على وهم الراوي أو ظنّه أن الجزء والسهم واحد ، فرواه فيه وكذا ما أرسله الصدوق [٢] من أن السهم واحد من ستّة ، ثمّ قال : «متى أوصى بسهم من سهام المواريث كان واحداً من ستّة ، ومتى أوصى بسهم من سهام الزكاة كان واحداً من ثمانية ، فمضى الوصيّة على ما يظهر من مراد الموصى » .

وفيه أن محل البحث إذا لم يظهر ، وحمله على السدس حينئذٍ - كما عن الصدوقين والشيخ وابن زهرة ، للمرسل المزبور ، وما عن ابن مسعود [٣] من أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال ، فأعطاه النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله السدس ، وما قيل أن السهم في لغة العرب السدس ، واجماعى الخلاف والغنية - كما ترى خصوصا دعوى الإجماع الّتي هي مظنّة العكس كما هو واضح .

نعم ﴿ لو كان قد اوصى بشيء كان سدساً ﴾ بلا خلاف معتدّ به أجده فيه ، بل الظاهر أنّه اتفاقى ، كما فى المسالك ، بل ظاهر التذكرة وايضاح النافع الإجماع عليه ، بل عن خلاف والغنية دعواه صريحاً لخبر أبان [٤] عن عليّ بن الحسين عليه‌السلام «أنّه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله فقال : الشيء فى كتاب عليّ عليه‌السلام واحد من ستّة » وما عن المقنع من «أنّه واحد من عشرة نادر . هذا ولا يخفى عليك أن محل البحث فى السهم والشيء كما عرفته فى الجزء ، ولو أوصى بسهم من الجزء أو شيء منه أو السهم ففى جريان الحكم وجهان .

﴿ ولو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً ﴾ منها ﴿ جعله فى وجوه البر ﴾ وفاقاً للأكثر بل المشهور نقلاً وتحصيلاً ، بل فى محكي التنقيح أن عليه الفتوى ، بل عن غيره نفى الخلاف فيه ، إلاّ من الحليّ تبعا للشيخ فى بعض فتاواه لخبر محمّد بن الريان [٥] قال : «كتبت

(١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١و٢و٣و٧و٤و٥

(٣) المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٦ .

(٤) الوسائل الباب -٥٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

(٥) الوسائل الباب -١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

إلى أبي الحسن عليه‌السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلاّ باباً واحداً منها كيف يصنع بالباقي ؟ فوقع عليه‌السلام الأبواب الباقية اجعلها فى البّر » المعتضد بما عرفت المؤيد بما ورد فى المنذور للكعبة والوصية لها أنه يصرف [١] الى زوّارها وفيمن أوصى أن يحجّ عنه بمال لا يفى به ، أنه يصرف فى البرّ ويتصدّق به [٢] وكذا فى الوقت ، إذا جهل الموقوف عليه وبأنّه شبه المال المجهول المالك ، بسبب اشتباه مصرفه ومستحقه ، فلا طريق إلاّ صرفه فى وجوه القرب ، بناء على عدم اختصاص مصرفه بالصدقة به ، أو يقال : إنّ كلّه من الصدقة به ، لرجوع الجهات العامة إلى المسلمين أيضاً ، ومنه ينقدح جواز صرف مجهول المالك فى ذلك ، وربما يؤيّد شمول الرواية المزبورة له فى الجملة ، إذ من أفراده الوصيّة به لشخص مخصوص قد قبله ثمّ نساه ، وقد سمعت الأمر فيها بالصرف فى وجوه البرّ من غير فرق بين الأفراد جميعها .

وبأنّ هذا المال بتعذّر وجهه الّذي قد أوصى به ، واخراجه عن الوارث بالوصيّة صار فى حكم مال الميّت ، ولا ايصال إليه إلاّ فى صرفه فى وجوه البرّ .

وبأنّه اذا فرض الوصية به فى جهات القربة إلاّ أنّه نسى خصوصها يناسب الانتقال إلى نوع القربة ، وبغير ذلك .

﴿ و ﴾ حينئذٍ فما ﴿ قيل : ﴾ والقائل ابن ادريس والشيخ فى المحكى من حائرياته والآبي فى المحكيّ عن كشفه من أنّه ﴿ يرجع ميراثاً ﴾ لبطلان الوصية لتعذر القيام بها واضح الضعف ، ضرورة منافاته لاستصحاب الصحّة ، فضلاً عن الخبر المزبور المعتضد بما عرفت ، السالم عن معارضة ما يعتدّ به ، اذ ليس كلّ تعذر ولو كان كالفرض مبطلا للوصيّة ومعيداً للمال إلى الإرث الّذي قد فرض الخروج منه بالوصيّة فعوده يحتاج إلى دليل .

نعم الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان النسيان مطلقا ، أى لا على وجه الانحصار فى فردين مثلاً أو ثلاثة ، وإلاّ اتجهت القرعة ، أو التوزيع ، أو الصلح ، لوكان بين الشخصين

---

(١) التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣

(٢) التهذيب ج٩ ص ٢٢٨ .

مثلاً ، كما أن المتّجه التروّي والتربص فى الصرف فى وجوه البرّ حتّى ييأس من معرفة الوجه الّذي قد أوصى به ، بمراجعة دفتر أو شاهد ونحو ذلك ، فإذا أيس من ذلك صرفه فى وجوه البرّ ، ولا عبرة باحتمال التذكّر فيما يأتى من الزمان ، لصدق النسيان الذى قد علق عليه الحكم فى النصّ والفتوى .

ثمّ إن الظاهر من المتن وغيره إرادة المثال من نسيان الوجه ، وإلا فلا فرق بين نسيان الوجه والوجوه ، لاتحاد المدرك ، بل ظاهر الخبر ذلك ، بل لا يبعدون كون الحكم كذلك فى غير صورة النسيان ، كما اذا لم يعثر على مارسمه الموصى فى وصيّته ، وإن علم انه قد رسم وجوها مثلاً ، أو نحو ذلك ، واحتمال ايقاف المال فى ذلك ونحوه اقتصارا فيما خالف وجوب حفظ مال الغير على المتيقن ضعيف جدا ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو أوصى بسيف معيّن وهو فى جفن ﴾ بفتح الجيم ﴿ دخل الجفن والحلية فى الوصية ﴾ وفاقا للمشهور ، بل فى ظاهر المحكى عن السرائر والمقتصر وايضاح النافع الاجماع عليه ، بل عن كشف الموز ما رأيت أحدًا أقدم على منع الرواية الواردة فى السيف وعن المهذّب البارع كلّ الأصحاب مطبقون على العمل بها ، أي رواية أبي جميلة المفضّل بن صالح [1] «كتبت الى أبي الحسن عليه‌السلام أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثة : إنّما لك الحديد ، وليس لك الحلية . فكتب إليّ : السيف له وحليته » .

وخبره الآخر «سألت الرضا عليه‌السلام عن رجل أو صى لرجل بسيف وكان فى جفن وعليه حلية ، فقال الورثة : إنما لك النصل وليس لك المال فقال : لا بل السيف بما فيه له قال : فقلت : رجل أوصى بصندوق وكان فيه مال ، فقال الورثة إنّما لك الصندوق وليس لك المال ، فقال الصندوق بما فيه له » فهما مضافا إلى ما عرفت ، وإلى العرف الشاهد على ذلك الحجّة فى المقام ، ولا يقدح فيه عدم دخول شيء منهما فى مسمّاه لغة ، ضرورة كفاية العرف وتقدمه على اللغة ، على أنه قد يقال ، إن ذلك من توابع الوصية بالسيف لا للدخول فى المسمى كثياب العبد ورحل الدابة ومفتاح الدار ، ونحو ذلك من التوابع الّتي يشهد العرف

---

(١) الوسائل الباب –٥٧– من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢ – ١ .

بتبعيتها فى الايصاء تبعا لتبعيتها فى الاستعمال .

نعم لو لم يكن له جفن ولا حلية لم تكن الوصية به ، وصية بهما ، فلا يخرجان من التركة .

فما عن المختلف وولده وأبي العباس – من عدم دخول شيء منهما فى الوصيّة – واضح الضعف ، بل لا يبعد الوصية بالجفن لو كان قد أوصى به مطلقاً ، وإن كان ظاهر العبارة وغيرها مما قيد بالمعين خلافه ، إلاّ أنّه يمكن تنزيله على عدم الوصيّة بالحلية الّتي لم يقيد بتعينها بالنسبة إليه فإنّه لا عرف ولا غيره يشهد على الوصيّة بها بالوصيّة به ، مع فرض كونه مطلقاً بخلاف الغمد ، فإنّ العرف قد يشهد على الوصيّة به أيضاً وإن كان هو ليس كالظهور فى المعين خصوصاً إذا كان قد اشترى سيفاً لا غمد له .

وعلى كلّ حال فالظاهر عدم اعتبار وصف خاص فى الجفن ، بل يكفى فيه كونه جفناً لذلك السيف كائناً ما كان ، فإنّ الظاهر تبعية نحو ذلك ، كثياب العبد ورسن الدابة ، فان التابع منهما ما كان تابعا لهما فى الاستعمال كما هو واضح بأدنى تأمل .

ومنه يعلم عدم الفرق بين السيف والخنجر والسكين ذات القراب وغير ذلك ممّا لها توابع فى الاستعمال فإن العرف يقضى بتبعيّتها فى الوصيّة ونحوها .

﴿ وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب ، أو سفينة وفيها متاع أو جراب وفيه قماش ، فإنّ الوعاء وما فيه داخل فى الوصيّة ﴾ وفاقاً للمشهور بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، كما عن التبصرة (المقتصر – نسخة) أنّ عمل الأصحاب على رواية أبي جميلة ، ونحوه عن التنقيح ، وقد عرفت اشتمالها على الصندوق كخبر عقبة[1] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فى الصندوق مال ، فقال الورثة : إنّما لك الصندوق ، وليس لك ما فيه فقال : الصندوق بما فيه له» وخبره الآخر[2] عنه أيضاً قال : «سألته عن

(٢) الوسائل الباب –٥٨– من أبواب أحكام الحديث –٢.

(١) الوسائل الباب – ٥٢ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسمّ ما فيها ، وفيها طعام ، أيعطيها الرجل وما فيها ؟ قال : هي للّذي أوصى له بها ، إلاّ أن يكون صاحبها متّهما ، وليس للورثة شيء » .

لكن ربما نوقش في الأخير ، بأن غايتها الدلالة على أنّها للموصى له ومرجع الضمير السفينة ، دون ما فيها ، والرواية المنجبرة إنّما تكون حجّة حيث تكون دلالتها واضحة ، لا مطلقاً .

نعم لها دلالة ضعيفة بحسب الفحوى لوقوع قوله عليه‌السلام «هي له » جوابا عن جواز اعطاء ما فيها أم لا ، فلو لم يجعل المرجع السفينة بمن فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقاً ، مع احتمال أن يكون المراد بالجواب الظاهر في رجوع الضمير إلى السفينة خاصّة التنبيه على انحصار الموصى به فيها ، دون ما فيها ، وبه تحصل المطابقة ، فالأصح عدم الدخول للأصل إلاّ مع وجود قرينة من عرف أو عادة ، وتحتمل الرواية على تقدير الدلالة الحمل على ذلك .

وقد يدفع أوّلاً : بأن المحكي عن نسخ الفقيه روايته «إلاّ أن يكون صاحبها استثنى ممّا فيها » وحينئذٍ تكون صريحة في ذلك .

وثانياً : بأن الشهرة كما تجبر السند تجبر الدلالة ، على أنه لا ينكر ظهورها كما اعترف به الخصم ، ومثله لا ريب في حجته ، بعد فرض اعتبار السند ، ضرورة كونه حينئذٍ كالصحيح حجة في مطلق ما يظهر منه منطوقاً أو مفهوماً .

نعم قد يناقش بعدم صراحة سؤال الخبر في الوصية ، بل يحتمل الإقرار ، بل هو الظاهر أيضاً بقرينة التفصيل بين المتهم وغيره ، ولا ينافيه اطلاق الوصيّة في جواب الإمام عليه‌السلام لمعروفية اطلاقه على الإقرار الواقع في مرض الموت ، وكأنّه أومأ إليه في الدروس ، فإنه بعد أن حكى عن القاضي أنّه قال : لو أوصى له بسلّة زعفران دخل ، ويدخل الشرب بالوصية بالضيعة وما شابهه إذا كان عدلاً ، فإن كان متهماً لم تنفذ الوصيّة في أكثر من ثلثه ، وعن الشيخ في النهاية أنّه قيد بهذا القيد «قال : وكأنّهما يريانه اقراراً » .

قلت : لكن المعروف نقل ذلك عن الشيخ قولاً في المسألة ، بل لعله اليه أشار المصنّف بقوله ﴿ وفيه قول آخر بعيد ﴾ بل هو واضح الفساد ، ضرورة مدخلية التهمة وعدمها فيما

نحن فيه من الوصيّة .

ولكن الامر فى ذلك سهل بعد كون الظاهر أن بناء هذا الخبر على تقدير دلالته وغيره من أخبار المقام على كشف العرف ، وأنّ الحكم بذلك لأنّه فى العرف كذلك ، لا أنّه يحكم به وإن لم يفهم منه فى العرف ، كما توهمه فى الرياض حيث حكم فى الصندوق بما عرفت للرواية المجبورة بما سمعت ، ثمّ قال : إلاّ أن العرف لا يساعده ، فيشكل من هذه الجهة ، ولكن لا مندوحة عن العمل بها ، إلاّ أن توجد قرينة على عدم الدخول فتتّبع ، ومقتضاه الحكم بدخول ما فيه وإن لم يفهم من العرف ذلك ، وهو شيء عجيب باعتبار اقتضائه اخراج المال عن صاحبه من دون قصد ، وبلا سبب ناقل منه ، ومثله كيف يندرج فى الوصية ، ويلحقه أحكامها ، فلا مناص حينئذٍ عن تنزيل هذه الاخبار على ما يقتضيه العرف ، وهو فى السيف واضح ، بل والصندوق إذا كان معدًا للظرفية ، والمقصود منه ما فيه ، نحو ما يستعمله التجّار فى صناديق النيل والقماش ، والكافور ونحوها ، فإنّه لا يشك أحد فى وصيّة أحدهم بصندوق خاص منها فى إرادة ما فيها ، بل والسفينة والمركب إذا كانت أيضاً كذلك ، بخلاف الصندوق الّذي يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالباً ، وللوضع فيه اتفاقاً والسفينة الّتي هى كذلك ، بحيث يكون المقصود منها الظرف لا المظروف ، ومع الشكّ فلا ريب فى وجوب الاقتصار على ما علمت الوصيّة به ، ولو من ظهور لفظ ، ولعله بذلك تتّفق كلمة القائل بالدخول فى جميع ما عرفت وهو المشهور والقائل بالعدم مطلقا كالفاضل وولده ، والمقتصر والروضة والتنقيح ، وفى السفينة خاصّة كالدروس ، وجامع المقاصد والكفاية وظاهر النافع وتنقيحه وايضاحه ، بل لعل إليه يومىء اعتبار المفيد وأبي الصلاح فيما حكى عنهما القفل للصندوق ، والشدّ للجراب ، والختم للوعاء والكيس فى الدخول ، بدعوى أن ذلك ونحوه قرينة عرفية على إرادة ما فيه معه من الوصيّة به .

وإن أبيت فتحقيق الحال ما عرفت من غير فرق بين كون الوصيّ عدلا مأموناً وبين كونه متّهما على الورثة فى ذلك ، وما عن الشيخ والقاضى من اعتبار ذلك فى الدخول من الأصل والثلث قد عرفت تنزيله على الإقرار ، وإلاّ كان واضح الفساد ، ضرورة عدم مدخلية ذلك فى الوصية التى لا اشكال فى خروجها من الثلث على كلّ حال كما عرفت .

بل فيما حضرني من نسخة النهاية كالصريح في إرادة الإقرار قال : «إذ أوصى الإنسان لغيره بسيف وكان في جفن وعليه حلية ، كان السيف له بما عليه وفيه ، وإذا أوصى بصندوق لغيره وكان فيه مال ، كان الصندوق بما فيه للذي أوصى به له ، وكذا لو أوصى له بسفينة وكان فيها متاع كانت السفينة بما فيها للموصى له ، وكذلك إن أوصى له بجراب وكان فيه متاع كان الجراب وما فيه للموصى ، إلاّ أن يستثنى ما فيه ، هذا اذا كان الموصى عدلاً مأموناً ، فإن لم يكن عدلاً وكان متهما لم تنفذ الوصيّة بأكثر من الثلث في الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها والله العالم .

﴿ ولو أوصى باخراج بعض ولده من تركته لم يصحّ ﴾ وفاقا للمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل هي كذلك في ظاهر محكي المقتصر ، لأنّها مخالفة للكتاب والسنة ، ولأنّه من الحيف في الوصيّة الّذي ورد فيه إنّه من الكبائر[1] ، ولقوله عليه‌السلام [2] «ما أبالي أضررت بورثتي أو سرقتهم ذلك المال» وقوله[3] عليه‌السلام «من عدل في وصيّته كان بمنزلة من تصدق بها في حياته ، ومن جار في وصيّته لقي الله يوم القيامة وهو عنه معرض» والصحيح[4] «عن رجل كان له ولد يدعيه ، ثمّ أخرجه عن الميراث وأنا وصيّه فكيف أصنع ؟ فقال عليه‌السلام : لزم الولد الإقرار بالمشهد ، ولا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه» .

﴿ و ﴾ إنّما الكلام في أنّه ﴿ هل بلغوا للّفظ ﴾ على وجه يكون كعدمه ﴿ فيه تردّد ﴾ بل وخلاف فـ ﴿ بين ﴾ قائل بـ ﴿ البطلان ﴾ لذلك ، وهو الأكثر كما في الرياض ﴿ وبين ﴾ قائل بـ ﴿ اجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله ، لمن عدا الولد ، فيمضى في الثلث ﴾ خاصة إن لم يجز الولد ، ﴿ ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة ﴾ وهو خيرة الفاضل في المختلف ، وعن الخراساني أنّه استظهره .

---

(١) الوسائل الباب – ٨– من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٣ .

(٢) الوسائل الباب – ٥ – من أبواب أحكام الوصايا – ١ .

(٣) الوسائل الباب – ٨ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٢ .

(٤) الوسائل الباب – ٩٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١ .

﴿ والوجه ﴾ عند المصنف وثاني المحقّقين والشهيدين وفخر المحققين وغيرهم ﴿ الأوّل ﴾ لأن اخراجه من الإرث أعم من الوصيّة بالمال لباقى الورثة ، وإن لزم رجوع الحصة إليهم ، إلاّ أن ذلك ليس بالوصيّة ، بل لاستحقاقهم التركة حيث لا توارث وربما لم يكن حال الوصية عالما بالوارث ، كما لو لم يكن له الا ذلك الولد ولا يعلم من يرثه ، ولم يخطر على باله ، فلا دلالة فى اللفظ مطابقة ولا تضمناً ، بل ولا التزاماً ، لانتفاء شرطها بانتفاء الانتقال إلى اللازم بتصّور الملزوم خاصّة أو مع الوسط .

لكن قد يقال له أن الوصية بالإخراج وإن لم تكن وصية بالباقى للباقى لكنها نفسها وصية ، ضرورة عدم الفرق فيها بين الأمر والنهى والاعطاء وعدمه ، فى نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث ، فهو كما لو صرّح باخراجه من الثلث ، فانه لا إشكال في اختصاص غيره من الورثة به ، لا الوصية به لهم ، بل لإخراج الولد مثلاً منه ، فيبقى إرثاً لغيره ، ولا يعتبر فى الوصيّة قصد الوصيّة ، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بماأراده ، والشارع لم يقطع سلطته عن الثلث ، بل أبقاها ، فهو مسلط عليه دفعا ومنعا ، فإذا أخرج بعض الورثة عن المال كلّه نفذ فى مقدار الثلث الذي له تسلط عليه ، ولم ينفذ فى غيره ، كما لو أعطى المال كله لبعضهم ، فإنّه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره كما هو واضح .

ومن هنا يقوى ما سمعته من الفاضل ، وإن لم يكن لما ذكره من الحكم بالوصية بالباقي للباقي كي يرد عليه ما عرفت ، بل لأن الإخراج نفسه وصيّة يمكن امتثالها ، فيستحق غير المخرج الثلث بالإرث .

هذا كلّه بناء على البطلان فى أصل الاخراج لما تقدم ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه رواية بوجه آخر مهجورة ﴾ العمل وهى رواية عليّ بن السرى[1] قال : «قلت : لأبي الحسن موسى عليه السلام إن علي بن السرى توفى فأوصى إليّ وأن أبنه جعفراً وقع على أم ولد له فأمرني بأن أخرجه عن الميراث ، قال : فقال : اخرجه ، وإن كنت صادقاً فيصيبه خبل ، قال :

---

(١) الوسائل الباب -٩٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -٤- .

فرجعت فقدّمني إلى أبي يوسف القاضي ، فقال له أصلحك الله أنا جعفر بن عليّ بن السريّ وهذا وصيّ أبي فره فليدفع إليّ ميراثي من أبي ، فقال ابو يوسف القاضي لي ما تقول : فقلت : نعم هذا جعفر بن علي السرى ، وأنا وصي علي بن السرى قال : فادفع إليه ماله ، فقلت : أريد أن أكلمك ، فأذن لى فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامى ، فقلت هذا وقع على أمّ ولد لأبيه ، فأمرنى أبوه وأوصى إليّ أن أخرجه من الميراث ، ولا أورّثه شيئاً ، فأتيت موسى بن جعفر عليه‌السلام بالمدينة فأخبرته وسألته ، فأمرنى أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً ، فقال : الله ان أبا الحسن أمرك قلت : نعم فاستحلفنى ثلاثاً ، ثمّ قال لى أنفذ ما أمرك أبو الحسن عليه‌السلام به ، فالقول قوله » بل عن الصدوقين والشيخ العمل بها فى موردها ، وان كنا لم نتحقق ذلك عن الأخير منهم ، لأنّه جعلها قضيّة فى واقعة.

نعم ظاهر الاولين ذلك ، لكن في الولد الذي قد أحدث الحدث المزبور ، دون غيره ، وحينئذٍ يكون عدم النفوذ فيما عداه مجمعاً عليه ، بل لعله كذلك فيه أيضاً ، لعدم قدح خلاف مثلها فيه ﴿ ولو أوصى بلفظ مجمل ﴾ أى مطلق ﴿ لم يفسّره الشرع ﴾ بشىء خاص ﴿ رجع فى تفسيره إلى الوارث ﴾ بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، ﴿ كقوله : اعطوه حظّا من مالى ، أو قسطا أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزيلاً ﴾ أو نحو ذلك من الالفاظ التى كون مرجعها ما يعيّنه الوارث من مصاديقها المندرجة فيما أراده الموصي بحسب ظاهر اللفظ.

نعم فى المسالك وغيرها «لو تعذر الرجوع إلى الوارث لغيبة أو امتناع أو صغر أعطى أقل ما يصدق عليه الإسم ، لأنّه المتيقن ».

قلت : لم لا يكون التخيير للحكام أو عدول المسلمين فى المصاديق كالوارث اللهمّ إلاّ أن يقال : إن المخاطب بالتنفيذ أوّلاً وبالذات الوارث ، فالخطاب فى الحقيقة له ، ولكن ناب غيره ، للتعذر ، فيقتصر على المتيقن مما يعيّنه المنوب عنه ، لو كان قد باشر التعيين.

نعم قد يقال : ان ذلك هو المتجه فيما لو أوصى إلى غير الوارث بتنفيذ وصيته المزبورة ، فإنّه يكون حينئذٍ هو المخاطب ، فله التعيين بأىّ مصداق ما لم يتجاوز الثلث وإن كنت لم أجد

مصرّحا به .

ثمّ إنّ الظاهر اعتبار التمول فى المصداق ، وإن سلم صدق المطلق على غيره ، إلاّ أنّه قد يقطع بعدم إرادة الموصي إيّاه ، بل قد يقال : باعتبار الازيد من التمول فى الجليل والجزيل والعظيم ونحو ذلك من الالفاظ ، لشهادة العرف الّذي هو المرجع فيها ، خصوصاً لو جمعها فقال : أعطوا زيداً مالاً جزيلاً ، أو قسطا عظيماً ، وعمروا مالاً يسيرا أو قسطاً يسيراً أو قال : عظيماً جدّاً ، أو قليلاً كذلك ، فلا بد حينئذٍ من التميز بين الشخصين بذلك .

وما فى المسالك هنا — من احتمال إرادة الاقل نظراً إلى أن جميع المال متّصف بذلك فى نظر الشرع ، ومن ثمّ حكم بكفر مستحلّ قليله وكثيره ، كما نبهوا عليه فى الإقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم فى الموضعين ، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلة ونحوها لاختلاف الحيثية بقلته من حيث المقدار ، وجلالته من حيث الاعتبار .

وعلى هذا فلو قال : اعطوا زيداً قسطا عظيماً ، وعمروا قسطاً يسيراً ، لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزيادة الأوّل عن الثانى ، كما ذكرناه — كما ترى ، مجرد دعوى ، يشهد العرف الذى قد أمرنا باتّباعه على خلافها .

﴿ ولو قال : اعطوه كثيراً قيل : ﴾ والقائل الشيخ والصدوق وجماعة على ما قيل : ﴿ يعطى ثمانين درهماً كما فى النذر ﴾ للرواية الّتي وردت فيه [1] مستدلاً بها على ذلك بقوله تعالى «ولقد نصركم الله فى مواطن كثيرة» ﴿ و ﴾ قد كانت ثمانين ، بل عن الشيخ تعديتها إلى الإقرار أيضاً نظراً إلى أن ذلك تقدير شرعى لكثير من غير فرق بين الموارد جميعها .

﴿ قيل : ﴾ والقائل المشهور يختص هذا التفسير بالنذر كما اختص تفسير بعض الألفاظ مثل الجزء والسهم والشىء فى الوصيّة ، بما عرفت ﴿ اقتصاراً ﴾ فيما خالف الأصل والعرف واللغة ﴿ على موضع النقل ﴾ مضافاً إلى أن رواية الكثير مرسلة لا جابر لها

(١) الوسائل الباب —٣— من أبواب النذر الحديث — ١ و ٢ و٣ و٤ .

في المقام ، بل الوهن لها متحقّق ، ومشتملة على الاستدلال المعلوم ارادة القريب منه ، ضروره أن استعماله في ذلك لا يقتضي الانحصار فيه ، مع أنه قد ورد كثيراً في القرآن في أمكنة متعدّدة غير مراد منه ذلك ، فلا ريب أن الأقوى مساواته لغيره من الالفاظ السابقة كلفظ العظيم ، والله العالم .

﴿ والوصيّة بما دون الثلث أفضل من الثلث ، وبالخمس أفضل من الربع ﴾ وهكذا للمروى في محكي الحواشي للشهيد عن سعد[1] «مرضت مرضا شديداً فعادني رسول الله عليه‌السلام فقال لي أوصيت ؟ قلت : نعم أوصيت بمالي كلّه للفقراء وفي سبيل الله فقال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله : أوص بالعشر فقلت : يا رسول الله إنّ مالي كثير وذرّيتي أغنياء فلم يزل رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله يناقصني وأُناقصه حتّى قال : أوص بالثلث ، والثلث كثير» .

ولقول الباقر عليه‌السلام [2] «كان أمير المؤمنين عليه‌السلام يقول : لئن أُوصي بخمس مالي أحب إليّ من أن أوصي بالربع ، وإن أوصي بالربع أحب إليّ من أن أوصي بالثلث ، ومن أوصى بالثلث فلم يترك ، وقد بالغ » وفي خبر آخر[3] « من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثة » وفي القوي[4] إن الثلث حيف ، وفي القوي أيضاً[5] «ما ابالي أضررت بولدي أو سرقتهم ذلك المال » إلى غير ذلك من الروايات الّتي يستفاد منها أفضليّة الوصيّة بالربع والخمس من الثلث .

بل عن المقنعة أنّه كذلك عند آل محمّد صلوات الله عليهم أجمعين ، كما أنّه يستفاد منها أيضاً استحباب مطلق الاقليّة منه الّذي قد أفتى به جماعة ، وإن أنكر في جامع المقاصد دلالة النصوص عليه ، لكن لا يخفى على من لاحظها وضوح دلالتها على ذلك ، بل يستفاد منها كراهية الوصيّة بالثلث .

نعم قد يشكل ذلك بما دل على الأمر بالوصيّة به ، وبالمحكي من فعل الصادق عليه‌السلام من الوصية به[6] ومن ذلك قال في المحكي عن المبسوط : إنّه إن كان الورثة أغنياء استحب له أن

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٩ .
(٢ ـ ٤) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ـ١ ـ٢ ـ٣ .
(٥) الوسائل الباب ـ٥ ـ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ـ١ .
(٦) الوسائل الباب ـ١٠ ـ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ـ٣ .

يوصى بالثلث ، وإن كانوا فقراء فالافضل أن تكون وصيّته فيا هو أقلّ من الثلث ، وفى محكي الوسيلة إن كانوا أغنياء أوصى بالثلث ، وإن كانوا فقراء فبالخمس وإن كانوا متوسطين فبالربع ، وفى محكي التذكرة لا يبعد عندي التقدير ، بأنّه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحب الوصيّة ، لأن النبيّ ﷺ علل المنع بقوله لان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ، ولأن اعطاء القريب المحتاج خير من اعطاء الاجنبي ، إلى أن قال : فحينئذٍ يختلف الحال باختلاف الورثة فى كثرتهم ، وقلّتهم ، وغناهم وحاجتهم ، فلا يقدر بقدر من المال .

قلت : لعل ذلك كله منهم جمعاً بين النصوص ، لكن قد عرفت خبر سعد ، ولذلك صرّح بعضهم ، وأطلق الباقون استحباب التقليل ، وإن كان الورثة أغنياء ، ولعل الاولى له الوصيّة بالثلث وقسمته على الورثة على مقدار سهامهم مع فقرهم والأمر سهل .

﴿ تفريع ﴾

على المسألة السابقة ، وهو أنّه ﴿ إذا عين الموصى له شيئاً ﴾ من مصاديق اللفظ المطلق ﴿ وادّعى ﴾ أنّ الموصى ﴿ قصده من هذه الالفاظ ، وأنكر الوارث ، كان القول قول الوارث مع يمينه ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، بل ظاهر المتن وغيره أن اليمين تتوجّه عليه ﴿ إن ادعى ﴾ الموصى له ﴿ عليه ﴾ أى الورثة ﴿ العلم ﴾ بما ادعاه على الموصى ﴿ والا فلا يمين ﴾ وفيه بحث ، إذ الظاهر بمقتضى اطلاق الادلة استحقاق اليمين بمجرد الدعوى على الموصى ، وإن كان يمينه الّتي يكلف بها على نفى العلم فلا يعتبر حينئذٍ فى استحقاق ذلك دعوى العلم عليه إذ لعله لا يدعيه عليه ، لعدم علمه بعلمه ، فإذا كلّف باليمين نكل لكونه عالما بالواقع ، ولم يعلم به الموصى له ، كما هو واضح . والله العالم .

﴿ الطرف الثالث : فى أحكام الوصيّة ﴾

الّتي قد تقدم منها ما ﴿ إذا أوصى بوصيّة ، ثمّ أوصى بأخرى مضادّة للاولى ﴾ كما إذا أوصى بعين لزيد ، ثمّ أوصى بها لعمرو ، أو أوصى بربع ماله لشخص ، ثمّ أوصى به لآخر ، ﴿ عمل بالأخيرة ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، لكونه ناسخة للاولى ،

ورجوعا عنها عرفا ، بل الظاهر ذلك حتّى لو كان ناسياً للاولى وذاهلا كما عرفته فيما تقدم ، بخلاف ما إذا لم تكن مضادة ، فإنّه يعمل بهما أيضاً فيما لو أوصى بثلث ماله مثلاً لزيد ، ثمّ أوصى بثلث ماله لعمرو ، أنّه من المتضادّين أولا ، فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو أوصى بحمل ﴾ دابة مثلاً ﴿ فجاءت به لأقلّ من ستة أشهر ﴾ الّذي هو أقلّ الحمل شرعاً ﴿ صحت الوصيّة به ﴾ لظهور وجوده حال الوصيّة ، وإن لم يكن ذلك معتبرا فيه ، لصحّة الوصيّة بما تحمله الأمة ، لكن المفروض فى الوصيّة المزبورة ارادة الحمل الموجود فعلا ﴿ و ﴾ قد انكشف بولادته لدون الستّة أنّه كذلك ، فتصحّ بخلاف ما ﴿ لو كان ﴾ قد جاءت به ﴿ لعشرة أشهر من حين الوصيّة ﴾ أى بعدها ، بناء على أنّها هى أقصى الحمل ، فإنّه يعلم بذلك عدم وجوده حال الوصيّة التى قد عرفت فرض بطلانها بذلك ، فـ ﴿ لم تصحّ و ﴾ أما ﴿ إن جاءت ﴾ به ﴿ لمدة بين الستّة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج ﴾ بأن فارقها من يباح له وطؤها ﴿ حكم به للموصى له ﴾ لمعلومية سبق وجوده على الوصيّة ، إذ احتمال تجدده منتف بفرض المفارقة وأصالة عدم وطىء غير الوطىء السابق ، وظهور حال المسلمة فى عدم الزنا وغيره .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو كان لها زوج أو مولى ، لم يحكم به للموصى له ، لاحتمال توهم الحمل فى حال الوصيّة وتجدّده بعدها ﴾ فلم يعلم حينئذٍ بوجوده قبلها ، والشكّ فى ذلك شكّ فى صحتها ، فتبقى أصالة بقاء المال بحالها ، هذا .

ولكن قد يناقش هنا بأن الأصل عدم وطىء آخر تجدد منه الحمل ، ووجود الفراش أعمّ من ذلك ، مضافاً إلى أن الظاهر بملاحظة الغلبة العادية التولد من الـوطىء الأوّل فيما بين الأقصى والاقل ، بل هى المرجع فى الحيوان غير الإنسان الّذي لم يقدّر الشارع لأقل الحمل منه ، وأقصاه مدّة معلومة ، وإن اختلف باختلاف اجناسه ، فان للغنم مقداراً معلوما عادة ، وللبقر مقدارا زايداً ، وهكذا ، ولا فرق بين الإنسان والحيوان فى ذلك قال فى المسالك هنا : «إنّ المسألة من باب تعارض الأصل والظاهر ، فلو رجّح مرجّح الظاهر عليه ، فى بعض مواردها كما يتفق فى نظائره ، لم يكن بعيداً إن لم ينعقد الاجماع على خلافه ، وكيف كان فلا خروج عمّا

عليه الجماعة » .

وإن كان هو كما ترى ، ضرورة عدم صلاحية معارضة الظاهر للأصل ، إذا لم يقم دليل على اعتباره شرعاً ، ولا كان بوجه يندرج فى العلم عادة ، باعتبار أنّه الطمأنينة الحاصلة فيها ، والفرق بين الخالية وغيرها مع اشتراكهما فى الأصل المزبور لا يخلو من نظر ، واحتمال أنّه لظهور حال المسئلة فى عدم الزنا يدفعه فرض المسألة فى الاعمّ من المسلمة ، مع أن سبب التجدد غير منحصر فى الزنا ، اذ قد يكون من شبهة أو من رائحة أو غير ذلك من الاسباب الّتي لا يمكن حصرها ، ولا ظهور لحال المسلمة فى نفيها ، فلو فرض الايصاء بحمل جارية لا زوج لها ولا مولى يطؤها كما لو كانت مملوكة لامرأة فاتفق أنّه جاءت به لدون الستة صحت الوصية ، وبعد العشر لم تصحّ ، وفيما بينهما البحث المفروض ولا فرق بين الخالية وغيرها فى ذلك ، اذ خلوّها من الزوج والمولى لا تقتضى عدم حملها ، كما أنّه لا يعتبر فى موضوع المسألة كونها ذات زوج ، أو مولى قد وطأها ، بل المراد الوصية بحمل الأمة أو الدابة ، على تقدير وجوده من أين ما كان ، ولعل ذكر المولى فى كلام المصنّف لبيان احتمال تجدد الحمل ، لا لبيان أنه مملوك أيضاً حتّى يشكل ذلك بعدم تصوّر حمل مملوك يوصى به من المولى ، بناء على عدم ملك العبد كما هو واضح .

وكيف كان فالتحقيق فى المسألة ملاحظة الأُصول فى جميع شقوقها ، والعمل على الحاصل منها بالنسبة إلى السبق على الوصية وعدمه حتّى ملاحظة جهل التاريخ وعدمه من غير فرق بين الانسان وغيره ، والخالية وغيرها ، ومعلومة الوصى قبل الوصية وغيرها ومع فرض الشكّ وعدم تنقيح شيء منها بشيء منها يحكم ببطلان الوصيّة ، ما لم يكن هناك عادة يحصل منها الاطمئنان المزبور على وجه يكون الاحتمال معه موهوما .

ولم أجد من استند إلى أصل الصحة في شيء من أفراد المسألة حتى في صورة الوصية به بعد الاطمئنان بحصوله للإمارات العادية ، ثمّ حصل الشك بعد ذلك فيه وقد كان بين الأقل والأقصى ، مع وجود الزوج وعدمه مع احتماله ، وإن كان الشك المفروض في أصل وجود الموضوع فتأمل جيدا فيه ، وفي نظائره مما يقع على حسب مجرى العقلاء والمعتاد .

﴿ ولو قال : إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان ، وإن كان أنثى فلها درهم ﴾ فإن خرج أحدهما فلا إشكال ﴿ وإن خرج ذكر وأنثى فكان لهما ثلاثة دراهم ﴾ أيضاً للصدق ﴿ أما لو قال : إن كان الذي في بطنها ذكر فـ ﴾ له ﴿ كذا وإن كان أنثى فكذا ، فخرج ذكر وأُنثى ، لم يكن لهما شيء ﴾ لعدم الإندراج في عبارة الموصى الّتي قد فرض فيها الإنحصار بمعنى كون المراد أن جميع ما في بطنها ، وكذا لو قال ما في بطنها أو حملها أو نحو ذلك مما هو ظاهر في كون الموصى له مجموع ما في البطن الذكر أو الأنثى ، فالفرض لم يذكره الموصى ، ولم يتعرّض له ، بخلاف العبارة السابقة الّتي قد عرفت الحال فيها من أنه يعطي كلّ منهما نصيبه ، إلاّ إذا قامت قرينة على كون المراد منها ما يراد بالثانية ، فلا يعطيان حينئذٍ شيئاً كما أنّه لو قامت قرينة على كون المراد بالثانية ما يراد بالأولى أعطى كلّ منهما نصيبه ، ولو خرج في الصورة الأولى ذكران أو أنثيان أو هما معا ، ففي تخيير الوارث اعطاء نصيب الذكر أو الأنثى لأيّهما شاء ، أو اشتراك الذكرين في الدرهمين ، والأنثيين في الدرهم ، أو الإيقاف حتى يصطلحا وجوه ، وفي المسالك الأوّل أجودها ، لأنَّ المستحق للوصيّة هو ذكر في بطنها أو أنثى في بطنها وهو صادق عليهما فيكون تعيينه للوارث ، كما في كلّ لفظ متواط ، ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كلّ واحد من الذكرين مثلاً ما عيّن له ، لأن الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول ما زاد على واحد بل كان بالنسبة إليهما متواط كما لو أوصى لأحد الشخصين أو الفقير أو نحو ذلك .

قلت : المفرد النكرة الذي لا يتناول ما زاد على الواحد على وجه ينافيه التعدد على حسب «لا رجل في الدار ، بل رجلان» يتّجه عدم اعطاء شيء لعدم اندراج الواقع فيما صدر من الموصى ، كما هو كذلك في الصورة الثانية ، لو جاءت بذكرين أو انثيين إن كان المراد ما شمل ذلك باعتباره إرادة الجنس بقرينة المقابلة بالأنثى ، فيكون المتّجه الإشتراك حينئذٍ في الموصى به ، وإن كان قد يحتمل غيره ، إلا أن ذلك هو الظاهر ، كما أنّ الظاهر ما ذكره من التخيير مع إرادة الواحد الّذي لا ينافيه التعدد ، فإنّه ينحلّ في الفرض إلى أن الوصيّة لأحدهما الّذي لو فرض التصريح به في الوصيّة اتّجه التخيير حينئذٍ فتأمل .

ولو ولدت خنثى مشكلاً في الفرض أعطيت الأقل ، بناء على أنّه ليس طبيعة ثالثة لأنّه

المتيقن هنا ، وأما احتمال عدم استحقاق شيء لأنّه ليس أحد الأمرين ، فواضح الضعف .

نعم لعلّه كذلك إذا لم يكن في الموصى به متيقن ، مع أنّ المتّجه فيه الصلح أو القرعة لعدم تعيين المملوك له ، بل قد يحتمل ذلك أيضاً فيما إذا كان في الموصى به متيقّن ، ثمّ لا يخفى عليك أن الوصيّة بالحمل المعين كالوصيّة له فيجري فيه البحث السابق .

نعم لو سقط الأوّل بجناية جان ضمنه للموصى له ، بخلافه في الثاني ، الّذي تبطل الوصيّة له بسقوطه ميتاً وإن كان بجناية جان ، ضرورة مراعاة ملكه بخروجه حيا ولو سقط ميتاً لنفسه تبطل فيهما كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فقد ظهر لك أنه لا إشكال ولا خلاف في أنّه ﴿ تصحّ الوصيّة بالحمل ﴾ المتحقق حال الوصية ، بل ولا إشكال أيضاً ﴿ و ﴾ لا خلاف في الصحّة ﴿ بما تحمله المملوكة ﴾ دابة أو أمة ﴿ والشجرة ﴾ لإطلاق أدلة الوصيّة ، فلا يقدح كونه معدوماً حالها ، لأنه يكفي فيها احتمال الوجود فيما يأتي ، وإن لم يكن عن شأنه الوجود كالوصيّة بما يشتريه أو يتّهبه في مستقبل الأزمنة ، كما صرّح به في جامع المقاصد بل هو مقتضى ما في القواعد من أن المراد بالوجود المعتبر في الوصية إمكان وجوده احترازاً عما يمتنع وجوده ، ومرجعه في الحقيقة إلى عدم اشتراط الوجود . .

ومن هنا ترك اشتراطه فيها بعضهم ، بل صرّح آخر بعدم اشتراطه حال الوصيّة والأمر سهل بعد وضوح المراد بل ظاهرهم عدم الفرق في الوصيّة المزبورة بين العهدية والتمليكية ، وإن كان قد يشكل الثاني بعدم قابلية المعدوم الّذي لم ينزله الشارع منزلة الوجود للتمليك ، وقد يدفع بأن الشارع قد نزّله فيها أيضاً منزلة الموجود ، مضافاً إلى بناء الوصيّة على تعليق الملك ، وتأخّره عن حال وقوعها إلى ما بعد الموت ، فلا يقدح تعليقها بما يوجد قبل الموت إن وجد ، بل وبعد الموت ، لعدم اعتبار مقارنة التمليك لوقوعها ، و العمدة في ذلك إطلاق الأدلة الّذي مقتضاه أنه تصح الوصيّة بذلك .

﴿ كما تصحّ الوصية بسكنى الدار ﴾ مثلاً ﴿ مدّة مستقبلة ﴾ مثلاً ، إذ لا فرق في المنفعة المتجدّدة بين أن تكون عينا كحمل الشجرة والدابة وغيرها كركوب الدابة ، كما لا

فرق بين المضبوط بمدّة كالمتجدّد في هذه السنة أو عشر سنين ، وبين المطلق و بين العامّ المتناول لجميع ما يتجدّد منها ما دامت موجودة ، ولا في المضبوط بمدّة بين المتصل بالموت والمتأخّر ، كالسنة الفلانية من المتجدّدة ، والمراد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما إستفيد من لفظ يدل عليه ، كقوله كلّ حمل تجدد ، أو كل ثمرة يتجدّد أو نحود ذلك ، ولو كانت بما في المتن .

فني المسالك بني على أنّ «ما» الموصولة للعموم أم لا ؟ ومع الشك فالواحد معلوم ، والأصل عدم الوصيّة في غيره ، وفيها أيضاً أنّه يبقى بحث آخر ، وهو أنّ الحمل المتجدّد يدخل في هذه العبارة قطعا لأنها بصيغة المضارع ، وهل يدخل الموجود حال الوصيّة يبني على أن المضارع هل هو مشترك بين الحال والإستقبال أم يختص بأحدهما حقيقة وهو في الآخر مجاز ؟ فيه خلاف بين الأصوليين والنحويّين ، وعليه يتفرّع الحكم والأقوى دعم دخول الموجود للشك في تناوله للحال ورجحان الإشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأصوليّين ، وبالجملة فالمسألة مشكلة المأخذ جداً .

قلت : قد يقال على الأوّل أنه يمكن إرادة العموم ، وإن لم نقل بأن «ما» الموصولة له ، باعتبار اقتضاء تمليك الطبيعة ، لا بشرط جميع أفرادها على ما هو مقرّر في نحوه «أحلّ الله البيع» والكلب نجس ، وغير ذلك من الأحكام المقتضية ذلك ، بخلاف مثل الأمر المقتضى تحقق الإمتثال به بفرد واحد .

ومن هنا احتمل في جامع المقاصد إرادة العموم بالوصية المطلقة ، وإن استضعفه واكتفى بالفرد الواحد ، لكنّه لا يخلو من قوّة ، وعلى الثاني بأن مقتضى الإشتراك في المضارع التوقف ، أو الرجوع إلى القرعة ، لا التخصيص بالمتجدّد .

نعم قد يقال : إنّه المنساق عرفاً في مثل الفرض والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فقد ظهر لك من ذلك أنّه ﴿ لو أوصى بخدمة عبد ، أو ثمرة بستان ، أو سكنى دار ، أو غير ذلك من المنافع ﴾ سواء كانت أعياناً أو غير أعيان ﴿ على التأبيد ، أو مدّة معيّنة ﴾ صحّ من غير خلاف فيه عندنا ، ولا إشكال ، ولا

يشكل ذلك بأنها ونحوها ليست من تركة الميّت ، ولا من أملاكه ، بل هي نماء التركة الّتي يملكها الوارث بالموت ، ولذا لم تقض ديونه منها ، لأنّه يدفعه بأنّها تكون للوارث ، إذا لم يوص بها الميت ، وإلاّ خرجت ، ضرورة أنه للمالك الموصى التسليط عليها ، باعتبار ملكه العين وقد استفاضت النصوص [1] أنّه أحق بماله ما دامت الروح فيه ، فيصنع به ما شاء ولذلك كان له إجارة الأعيان ، وبيع نمائها مدّة تزيد على عمره ، على أنّه لو سلم عدم كونها من أعيان التركة ، ولا من توابعها ، إلاّ أنّ لها كمال المدخلية في قيمتها ، بل هي في الحقيقة عبارة عنها ، فإذا فرض أنّه أوصى بالمنافع المتجدّدة ، فقد نقص الأعيان على الوارث فيضمنه في ثلثه ، لأن كلّ نقص يدخل على الوارث بسبب وصيّة الموصى يدخل على الثلث .

إنّما الكلام في طريق معرفة ذلك ، وهو في المدّة المنقطعة واضح ، ضرورة تقويم العين مسلوبة المنفعة تلك المدّة وغير مسلوبتها ، وينظر التفاوت ، ويخرج من الثلث .

أما المؤبّدة فللأصحاب طرق ثلاثة في ذلك ، أحدها تقويم العين بتمامها على الموصى له ، واحتساب ذلك من الثلث ، لعدم قيمة لها مسلوبة المنفعة ، ولتعذر معرفة المؤبّدة بغير ذلك ، ولدوام الحيلولة بين الوارث والعين ، وهو بمنزلة الإتلاف ، ولذا ضمن به الغاصب جميع القيمة ، فليس إلا الطريق المزبور ، وإن كانت العين على ملك الوارث ، ويضعّف بأن ذلك لا يخرج العين عن التقويم أصلاً ، فإنه لا بدّ أن تبقى لها منفعة تعود إلى الوارث كالعتق في العبد ، وأكل اللحم في الشاة لو أشرفت على الموت فذبحت نحو ذلك ، وفرق واضح بين الموصى له الّذي هو كالمستأجر ، والغاصب الآخذ باليد العادية مع إمكان الالتزام به أيضا مدّة معينة .

نعم لو فرض أن لا نفع في العين أصلاً على وجه لا قيمة لها مسلوبة المنافع اتّجه ذلك ، لكنّه فرض نادر ، بل ليس مفروض البحث ، ومن ذلك يظهر أن المتّجه القول الثاني الّذي هو تقويم العين مسلوبة المنافع الموصى بها ، وإن قلت القيمة وتقويمها غير مسلوبة ، وينظر التفاوت ، ويخرج من الثلث ، لكون العين للوارث وله بعض المنافع فيها من حيث الملك ، وبذلك تكون

---

(١) الوسائل الباب – ١٧ – من أبواب أحكام الوصايا

ذات قيمة ، فلا معنى لاحتسابها من الثلث والفرض أنّها لم تفت على الوارث ، كما أنّه لا معنى لعدم احتسابها على واحد منهما ، وهو القول الثالث ، وإن وجه بعدم كونها للموصى له كي تحتسب عليه ، وعدم قيمة لها كي تحتسب على الوارث ، لكن لا يخفى عليك ما فيه ، بعد ما عرفت ، كما أنّه لا يخفى عليك ما يتفرع على ذلك من الوصيّة لرجل بالرقبة ، ولآخر بالمنفعة مؤبداً ، ومن الوصيّة بالعين ، وإبقاء المنفعة للورثة وغير ذلك في الإحتساب وعدمه والله العالم .

وكيف كان فما في المتن من أنّه لو أوصى بخدمة عبد إلى آخر ما سمعت ﴿ قوّمت المنفعة فإن خرجت من الثلث ، وإلاّ كان للموصى له ما يحتمله الثلث ﴾ لا بدّ من تنزيله على إرادة تقويم المنفعة بأحد الطرق السابقة لا أنّ المراد تقويم نفس المنفعة من دون ملاحظة العين مسلوبة وغير مسلوبة ، لما عرفت من أن المضمون عليه في الثلث النقص الّذي ادخله على العين بسبب الوصيّة بالمنفعة لا المنفعة نفسها ، فإنّها ليست من التركة ، فلا يعدّ الوصيّة بها اتلافا لبعض التركة ، كي يحتسب عليه من الثلث .

ومن هنا قد كانت الوجوه السابقة على ما سمعت ، بل لا فرق في ذلك بين الوصيّة لتمام المنفعة أو بشيء منها وبين المؤبدة وغير المؤبدة ، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل من الفرق حيث جعل التقويم في الوصيّة باللبن له دون العين في غير محلّه وإن علّله في جامع المقاصد بأن اللبن نفسه عين ، وإن عدّ منفعة عرفاً .

لكن قد عرفت أن المدار التجدد لا ذلك ، ولذا لم يفرق المصنف بين خدمة العبد وثمرة البستان وغيرها في ذلك ، كما هو واضح . ولو لم يكن له غير العبد الّذي أوصى بخدمته مؤبداً مضت وصيّته في ثلثه خاصّة ، لكن هل يعطى من المنفعة مدّة تقابل بمقدار الثلث ، ثمّ يردّ إلى الورثة ، أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبداً ولو عشر المنفعة أو أقل ؟ وجهان : أقواهما الثاني : والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ إذا أوصى بخدمة عبده ﴾ أو دابّته ﴿ مدّة معينة فنفقته على الورثة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأنّها ﴾ في النص والفتوى

﴿ تابعة للملك ﴾ المفروض كونه للوارث ، بل الظاهر كونها كذلك في المؤبّدة ، وإن توقف فيه الفاضل في القواعد ممّا عرفت ، ومن كون الموصى له قد ملك المنفعة فكان كالزوج بل هي المقابلة للمنفعة ، إذ من كان النفع له ، كان الغرم عليه ، وإلاّ لاقتضى الإضرار بالوارث كلّ ذلك مضافاً إلى أصالة البراءة المقتصر في الخروج منها على المتيقن ، وهو المملوك ملكاً تاماً ، بل لعلّ الفرض لا يندرج في المنساق من المملوك .

ومن هنا قيل بكون النفقة على الموصى له ، لكن فيه أن بعض ما ذكره وارد في الموقتة أيضاً مشترك الإلزام ، ضرورة عدم اندراج الموصى له في المنساق أيضاً ، مع أن الأصل براءة ذمته ، وفرق بينه وبين الزوج الواجب عليه النفقه مع الدليل عوض التمكين من الإستمتاع خاصّة ، بل هو أشبه شيء بالعين المستأجرة .

ومن هنا احتمل أو قيل بكون النفقة من بيت المال مطلقاً أو إذا عجز كسبه عنه إلاّ أن الجميع كما ترى اجتهاد في مقابلة اطلاق ما دلّ على وجوب الإنفاق على المالك الّذي هو الوارث قطعاً ، ولا ينافيه عدم التسلط على المنفعة ، وليس ذلك من الضرر المنفيّ في الشريعة ، بل هو كنفقة الحيوان الّذي بطل الإنتفاع به ، مع أنّه متمكن من إزالته بالعتق مثلاً ، والقياس على الزوج ليس من مذهبنا ، مع أنّه مع الفارق ، وبيت المال معد لغير ذلك ، والحكم بأخذ النفقة منه متوقف على الحكم بعدم كونها على أحد ، وهو محل البحث .

نعم قد يتجه أخذها منه لو اعتق ، وفرض عدم حدوث مال له باتهاب ونحوه فإنّه حينئذٍ عاجز لمملوكية منافعه ، وعدم المالك له ، أما لو كان له مال انفق عليه منه لأنّ الحرّ القادر نفقته عليه ، إلاّ في الزوجة ، هذا .

وفي القواعد لو أسقط الموصى له الخدمة أي الموصى بها مطلقة أو موقتة فللوارث .

قلت : لعلّ وجهه إنّ ذلك من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، ولما فى جامع المقاصد من أن مناط المنافع المذكورة الذمة ، وإن تعلقت بالرقبة كما لو استأجره على وجه خاصّ ، ثمّ أبرأ ذمته أو أسلفه فى حنطة وشرط كونها من حنطة بلد ، ثمّ أبرأ ذمته حينئذٍ ، فيكون حقا للوارث ، لأن ما يوهب للعبد فهو لسيّده .

لكن فيه إمكان منع ذلك ، بل هو تمليك لمنفعة العبد بالوصيّة نحو تمليك منفعة الدابّة بها وبالإجارة مثلاً ، فليس موردها الذمة ، والعبد لا ذمة له يتحقق فيه مثل ذلك نحو الحرّ ، مع أنّه يمكن فرض المقام في عبد لا ذمة لصغر ، أو جنون أو غيرهما ، والعبد غير قابل للهبة كالدابة ، والمنافع وإنّما أثر في الرقبة ، وبقيت المنافع مستثناة مملوكة ، فإذا أسقط حقه منها رجعت إلى الوارث ، لكونها مُتلقّاةً عن مورِّثه للموصى له ، فإذا أبطل حقه منها عادت إلى الوارث ، لقيامه مقامه ».

وفيه أنَّ المتجه على ما ذكره أولاً كونها للعبد ، لأنّه إذا جعل محلّها الذمة – ولذا أسقطها بالاسقاط – اتّجه حينئذٍ عدم ملك أحد غيره لمنافعه ، بل على ما ذكره أخيرا أيضاً فإنّه هنا حرّ قابل للتمليك ، هذا كلّه في العبد أو الدابة الموصى بمنفعتها أما لو كان الموصى بمنفعته نخلا مثلا أو داراً فاحتاجا الى السقي والتعمير لم يجبر أحدهما لو امتنع ، لأن المالك لا يجبر على المصلحة ، ولا على مصلحة غيره.

نعم لو أراده أحدهما على وجه لا يضر بالآخر ، لم يكن له المنع على الظاهر ، فما في المسالك من احتمال طرد الخلاف في نفقة الحيوان بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال ، لا يخلو من نظر ، إذا لمسلم حرمة اتلافه سرفا وتبذيراً ، لا وجوب حفظه بالمعنى المفروض ، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المنفعة المؤبدة وغيرها كما هو واضح والله العالم.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ للموصى له التصرف في المنفعة ﴾ على وجه لا ضرر في العين ، بل على حسب التصرفات في المنافع ﴿ وللورثة التصرّف في الرقبة ببيع وعتق وغيرْه ﴾ مما هو غير مناف للمنفعة ﴿ ولا يبطل حق الموصى له بذلك ﴾ بلا خلاف معتد به ، ولا اشكال أجده في شيء من ذلك لتسلّط كل مالك على ملكه ، وليسا كالشريكين اللّذين لا يجوز لاحدهما التصرّف في العين المشتركة إلاّ باذن الآخر لعدم التميز بخلافه هنا ، فإن ملك كلّ منهما مميّز عن الآخر على وجه يمكن التصرّف فيه من دون منافاة ، ولا ضرر على الآخر ، وأما تسليم الموصى له العين من غيره فالبحث فيه ما سمعته في الإجارة ، ولا فرق في استيفاء منفعته منه بين السفر والحضر بعد فرض شمول اللّفظ لذلك ، ولو بالتعميم والإطلاق

الّذي بمنزلته .

نعم في قواعد الفاضل «لا يملك الوارث بيعه أي الموصى بمنفعته إن كانت المدّة مؤبدة ، أو مجهولة لجهالة وقت الانتفاع المقتضى لتجهّل المبيع في المجهولة ولسلب المنافع في المؤبدة ، فتكون كالحشرات » .

وفيه أن المشترى بالبيع يكون كالبايع ، وجهل المدّة الّتي ينتفع بها الموصى له إذا فرض الوصيّة له بمنفعة سنة مثلاً والخيار بيده لا تجهل المبيع ، كما أن الوصية بالمنافع كلا في مثل العبد لا يُصَيِّره كالحشرات ، ضرورة بقاء الانتفاع بعتقه مثلاً ، ولو فرض عين سلب عنها المنافع جميعاً بالوصيّة على وجه يكون شراؤها ونحوه من معاوضات الأموال سفها ، اتّجهالمنع حينئذٍ ، ولعل ذلك هو المدار من غير فرق بين بيعه على الموصى له وغيره ، فما في القواعد « من أنّه لا يملك الوارث بيعه ، أي العبد الوصى بمنفعته ، مؤبدة ، إلى أن قال : وهل يجوز بيعه من الموصى له ، فيه نظر » لا يخلو من بحث ، بل لا يخلو ما فيها من الاشكال في الاجتزاء بعتقه عن الكفارة ، وفي صحة مكاتبته من البحث أيضاً ، ضرورة اطلاق أدلة الكفارة والكتابة ، وامتناع الاكتساب عليه لا ينافي الثانية لامكان أخذ مالها من الصدقات مثلاً .

وعلى كلّ حال فالوصيّة بذلك تمليك عندنا لا عارية ، فلو مات الموصى لع ورث عنه وتصحّ اجارته ، واعارته ، ولا يضمن العبد إذا تلف في يده بغير تفريط ، ويدخل اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب في منافعه ، فيملكه الموصى له حينئذٍ ، بل الظاهر ذلك حتّى لو أعتق وأن استشكل فيه في القواعد .

نعم الظاهر عدم ملكه ولد الجارية بذلك ، لأنّه لا يعدّ من منافعها بخلاف عقرها وإن دخل في نماء الوقف على وجه يملكه الموقوف عليه باعتبار ملكه ذي النماء وهو المراد بتسبيل المنفعة لأنّه يندرج في اطلاق المنفعة الّذي هو موضوع المسألة ولذا قلنا بخروج الولد دون العقر، وكذا في الاجارة فتأمل .

لكن في القواعد «وفي تمليك ولد الجارية وعقرها اشكال ينشأ من بطلان الوصية بمنفعة البضع ، وكون الولد جزء من الأمّ يتبعها في الأحكام ، ومن كون ذلك كلّه من المنافع » .

وفيه منع بطلان الوصيّة بمنفعة البضع ، وإن كان لا يجوز له الوطىء بذلك إذ لا تلازم بينهما بعد توقف الأخير على أسباب خاصّة ، ولا يملك الموصى له الوطء لأن له اسباباً خاصّة ليست الوصيّة منها ، بل في القواعد ويمنع الوارث أيضاً منه ، وإن كان لا يخلو من بحث ، لأنّه من الاستمتاع الّذي يتبع ملك العين كالتقبيل والتلذّذ بالنظر واللمس فإذا فرض وقوعه على وجه لا ينافي ملكية المنفعة اتّجه الجواز ، واحتمال الحبل المنقص للمنفعة يدفعه — مع أنّ الاصل عدمه — إمكان فرضه في جارية آيسة منه .

نعم قد يتّجه المنع بناء على ما قلناه من اندراج منفعة البضع في ملك المنفعة للموصى له ، والأولى بناء المسألة على ذلك ، ويفرق بينه وبين النظر واللمس ، بعدم عوض لهما شرعاً بخلافه ، وحينئذٍ يتّجه وجوب العقر عليه للموصى له . مضافاً إلى الإثم ، والله العالم .

وعلى كلّ حال فإن وطء أحدهما فهو شبهة لا حدّ عليه ، مع احتماله في الموصى له ، بل قوته مع فرض علمه بعدم جواز الوطء له ، ضرورة كونه وطأ أجنبية كوطىء المستأجر وتصير أم ولد لو حملت من الوارث ، لا منه ، ولو وطأت للشبهة ، فعلى الواطىء العقر للموصى له ، وفي القواعد على اشكال ، وإذا أتت بولد فهو حرّ وعلى الواطىء قيمته للوارث على ما قلناه ، وفي القواعد فإن قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمة له ، وإلاّ فللوارث ولو ولدت من الموصى له فهو حرٌّ بناء على أن وطئه شبهة ، وعليه القيمة للوارث على ما قلناه .

وللموصى له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته ، وليس للعبد التزويج إلاّ برضا الوارث ، وفي اعتبار رضى الموصى له مع ذلك اشكال . وفي القواعد اعتباره أيضاً ، بل هو الاقوى بناء على اندراج منفعة البضع في المنفعة الموصى بها .

وإذا قتل الموصى بخدمته أبداً ووجب القصاص ، بطلت الوصيّة ، وكان المطالب به الوارث ، ولو كان القتل موجباً للقيمة صرفت إلى الوارث على الأقوى ، لانتهاء الوصيّة بانتهاء العمر ، كالاجارة ، ويحتمل شراء عبد حكمه ذلك ، وتقسيطها بينهما ، بأن تقوم المنفعة المؤبدة ، والعين المسلوبة المنفعة ، ويسقط عليهما .

ولو قطع طرفه اختص الوارث بأرشه على الأقوى ، ويحتمل التقسيط أيضاً ، ولو لم تنقص

به المنفعة كالأنملة فهو للوارث قطعاً ، ولو جنَى العبد قدم حقّ المجنيّ عليه على الموصى له ، فإن بيع بطل حقه ، وإن فداه الوارث استمر حقّه ، وكذا ان فداه الموصى له ، وهل يجبر المجنى عليه على قول قبول فداء الموصى له ؟ اشكال من تعلق حقه بالعين ومن كونه أجنبياً عن الرقبة التي هى متعلق الجناية ، وكذا الكلام فى المرتهن .

ومن ذلك كلّه ظهر لك أن للمالك نفعا فى العين الموصى بمنفعتها بحيث يجوز له بيعها ، لا أنّها صارت بالنسبة إليه كالحشرات ، والله العالم .

﴿ ولو أوصى له بقوس انصرف الى قوس النشّاب ﴾ وهى الفارسية التى يرمى بها ﴿ و ﴾ قوس ﴿ النبل ﴾ وهى العربية الّتي يرمى بها السهام العربية ﴿ و ﴾ قوس ﴿ الحسبان ﴾ وهى التى لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار ، فيتخيّر حينئذٍ فى دفع أحدها بناء على القاعدة الّتي ستعرفها إن شاء الله تعالى ، دون القوس المسمّى بالجلاهق ، وهى التي يرمى بها البندق ، ودون قوس الندف ، خلافاً لابن ادريس ، فخير بين الخمسة ولعله لا نزاع ، ضرورة كون المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصية ، وربما تكون الخمسة بالنسبة إليه سواء .

وربما يختص بواحد ، كما اعترف به ثاني الشهيدين ، حيث قال : «لا ريب فى أن المتبادر فى زماننا هو القوس العربية خاصّة ، بل قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس ولا ينصرف اليه فهم أحد من أهل العرف » .

فالتحقيق جعل المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصيّة ، دون غيره ولو كان لغة ﴿ إلاّ مع قرينة تدلّ على ﴾ إرادة ﴿ غيرها ﴾ أى القوس المتعارفة ، فإنّها المتّبعة حينئذٍ كما هو واضح .

والظاهر عدم دخول الوتر فيه لتحقق اسمه بدونه ، وإن توقف نفعه عليه ، فإنّه المدار لا الثانى .

نعم لو كان هناك عرف يقتضى أو قرينة اتبعا ، وإلاّ فلا ﴿ و ﴾ كذا ﴿ كلّ لفظ

وقع ﴾ معناه ﴿ على أشياء وقوعاً متساوياً ﴾ لكونه متواطئاً ﴿ فللورثة الخيار فى تعيين ما شاءوا منها ﴾ لصدق تنفيذ الوصيّة بذلك ، والأصل عدم وجوب غيره كما أن الأصل عدم ثبوت حق الخيار لغير الوارث مع فرض عدم ايصاء الموصى به لغيره كما سمعته فيما تقدّم هذا .

ولكن فى المسالك ادراج المشترك لفظاً فى كلّية المتن ، ولعلّه لأعمية وقوع اللفظ من المشترك والمتواطىء ، بل لعلّ الظاهر منه الأوّل ، قال : وهو أعم فائدة ، وفى عبارة العلامة تصريح بارادته إلى أن قال : «وربما قيل فى المشترك بالقرعة ، وهو بعيد» .

قلت : بل هو قريب كما عن التذكرة وغيرها ما لم يقم دليل معتبر على خلافه ، لكن ظاهر إرسال غير واحد من الاصحاب لذلك هنا ارسال المسلمات — مع معلومية ارادة المتكلم بالمشترك واحداً معيناً عند المتكلّم ، بل هو معنى المشترك — ان العرف فى الوصيّة يقتضى إرادة المسمى بهذا الإسم ، وهو المسمى بعموم الاشتراك ، ولعلّه كذلك عند التأمل والله العالم .

وفى القواعد «والضابط ان كلّ لفظ يقع على الأشياء وقوعاً متساوياً ، أما لكونه مشتركاً أو لكونه متواطئاً ، فإن للورثة الخيار فى تعيين ما شاءوا ، ويحتمل فى المشترك القرعة ، ويحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقة دون المجاز» .

قلت : قد يقال : أن الأخير مناف لما ذكره من الضابط ، ضرورة كون الحقيقة فى المشترك إرادة المعين ، لا عموم الاشتراك الّذي صرح به سابقاً ، بل يمكن دعوى ظهور عبارة المتن فيه أيضاً كما سمعته سابقاً .

هذا كلّه إذا أوصى بالقوس ونحوه من دون قرينة .

﴿ أما لو قال : اعطوه قوس ، ولا قوس له إلاّ واحدة ، انصرفت الوصيّة إليها من أى الاجناس كانت ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، ولو فرض ان له قسيا متعدّدة ولا واحدة تنصرف إليه الإضافة ، تخيّر بينها كالسابق .

وفي المسالك «لكن نزيد هنا أنّ الحكم يختص بما لو كان له من كل نوع ، فلو كان له من نوعين خاصة ، أو ثلاثة ، فإن كان أحدهما خاصة من الغالب حمل عليه ، وان اشترك الغلبة

تخيّر الوارث ، وإن تعدد الغالب مع وجود غيره كما لو كان قوس ، ندف ، وقوس نبل وقوس حسبان تخيّر فى الأخيرين ، ولو لم يكن له إلّا قوس ندف وجلاهق خاصة فني التخيير بينهما أو الانصراف إلى الجلاهق لأنّه أغلب ، وجهان : وعلى ما اخترناه من مرآعاة العرف يرجع إليه هنا فتأمل .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو أوصى برأس من مماليكه ، كان الخيار فى التعيين إلى الورثة ﴾ لما سمعته من الضابط الّذي هذا أحد أفراده ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ يجوز أن يعطوا صغيراً أو كبيراً ، صحيحا أو معيباً ﴾ ذكرا أو أنثى أو خنثى لصدق اللفظ وعدم الانصراف إلى الصحيح هنا ، بخلاف التوكيل فى الابتياع ونحوه ، لكونها من التبرّعات المحضة بخلاف عقود المعاوضة المبنيّة على حفظ المال ، والمماكسة ، والمغابنة .

وإنمّا يتخيّر الوارث مع وجود المتعدد فى التركة ، وإلاّ تعين الموجود ، ولو لم يكن له مملوك بطلت ، وهل المعتبر الموجود عند الوصيّة أو الموت أجودهما الثاني لأنّه وقت الحكم بالانتقال وعدمه ، كما اعتبر المال حينئذٍ ، ووجه الأوّل اضافة المماليك إليه المقتضية لوجود المضاف .

﴿ ولو هلك مماليكه ﴾ بالموت ﴿ بعد وفاته ﴾ أى الموصى أو قبلها ﴿ الا واحداً تعين للعطية ﴾ كما فى كل مخيّر انحصر فى فرد ﴿ فإن ماتوا ﴾ أجمع كذلك ﴿ بطلت الوصيّة ﴾ بمعنى انتفاء موضوعها ﴿ فإن قتلوا ﴾ على وجه يوجب القيمة ﴿ لم تبطل ﴾ الوصية ﴿ وكان للورثة أن يعيّنوا له من شاءوا ويدفعوا قيمته إن صارت إليهم ، وإلاّ أخذها من الجانى ﴾ لانتقال حق الوصيّة إلى البدل القائم مقام المبدل عنه في ذلك وفي التخيير ، من غير فرق بين الكل والبعض ، ولو قتلوا فى حياة الموصى ففى المسالك بعد أن حكى الخلاف فى ذلك قال : ان الأصحّ عدم بطلان الوصيّة وانتقال حكمها إلى البدل .

قلت : لكنّ الانصاف عدم خلو الأوّل عن قوّة ، كالعين الموهوبة قبل القبض والله العالم .

﴿ وتثبت الوصيّة : ﴾ بمال أو ولاية ﴿ بشاهدين مسلمين عدلين ﴾ بلا خلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لعموم ما دلّ على حجيّتها كما لا خلاف

فى أنّه ﴿ مع الضرورة وعدم عدول المسلمين ، تقبل شهادة أهل الذمة خاصّة ﴾ في الأولى منها ، بل عن فخر الدين وظاهر الغنية وصريح الصيمرى الاجماع عليه ، وهو الحجّة بعد الكتاب [1] والمعتبر المستفيضة الّتي من كثير منها يعلم اشتراط قبول شهادتهم بالضرورة ، واختصاص هذا الحكم بأهل الذمة خاصّة فيقيد به حينئذٍ ، وبالاجماع اطلاق الكتاب وما شابهه من السنّة .

نعم فى خبر يحيى بن محمد [2] عن الصادق عليه السلام «فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس ، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله سنّ فيهم سنّة أهل الكتاب فى الجزية» ونحوه المضمر [3] قال : «اللّذان منكم مسلمان ، واللّذان من غيركم من أهل الكتاب ، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس ، لأنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب ، وذلك إذا مات الرجل بأرض غربة فلم يجدُ مسلِمَيْنِ يشهدهما ، فرجلان من أهل الكتاب» إلاّ أنى لم أجد عاملاً به من الأصحاب ، فلا يصلح للخروج عما دلّ على اعتبار العدالة بالمعنى الأخصّ فى الشاهد .

أللهمّ الا أن يدعى اندراجهم في اطلاق الأصحاب ، أهل الذمة وأهل الكتاب ، بناء على أنّهم منهم ، لكن الظاهر المنساق خلافه ، فالمتجه عدم قبول شهادتهم ، كما أنّ المتجه قصر الحكم فى خصوص المقام ، اقتصاراً فيما خالف المعلوم من قوانين الشرع وقواعده على المتيقّن ، فما عساه يظهر من تعليل قبول شهادتهم فى غير واحد من نصوص المقام [4] بأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد من التعميم لا محيص من الخروج عنه ، لما عرفت ، بل قد يقال : بعدم قبول شهادة أهل الذمة حال عدم العلم بتحقيق الضرورة التي هى شرط ذلك ، لظاهر جملة من النصوص والفتاوى واقتصاراً على المتيقن فيما خالف الأصل ، والشك فى الشرط شك فى المشروط .

أللّهمّ إلاّ أن يقال : إنّ المراد مما في النصّ والفتوى بيان المانعية ، وإن برز بصورة الشرط ،

---

(١) سورة المائدة الآية — ١٠٦ .

(٢ و٣) الوسائل الباب — ٢٠ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —٦ وذيله .

(٤) الوسائل الباب —٢٠ —من أبواب أحكام الوصايا

والاّ بطلت فائدة مشروعية هذا الحكم غالباً المستفادة من النصوص أيضاً ضرورة ندرة معرفة الاضطرار للموصي على وجه يعلم به ذلك شرعاً فيتّجه حينئذٍ القول بقبول شهادتهم ما لم يعلم التمكن من غيرهم ، بل لعله هو مقتضى اطلاق الآية[1] وبعض النصوص أيضاً ، وهو قوى متين .

وعلى كلّ حال ، فالظاهر أن التمكن من المسلمين الفاسقين ولو بغير الجناية والكذب كعدمه ، لعدم قبول شهادتهم ، ولو فى حال الاضطرار ، والقياس على ما ثبت من قبول أهل الذمة محرَّم ، لعدم احاطة العقل بمصالح ذلك ومفاسده ، بل ولا المجهولين أيضاً بل ولا العدل الواحد وإن أمكن التوصل به إلى اثبات الحق مع اليمين من الموصى له إلاّ أنّه لم يعلم امكانها منه ، لاحتمال عدم علمه ، بل ومع علمه ، لامكان تحاشيه بل وإن لم يتحاش .

لكن ظاهر النصوص تحقق الضرورة بفقد العدلين ، بل الظاهر تحققها وان تمكن من النساء الثلاثة الّتي يثبت بها ثلاثة أرباع الموصى به ، فضلاً على الاثنين والواحدة لظهور النصوص فى أن المدار فى قبولها على عدم التمكن مما يثبت به تمام المطلوب من المسلمين ، وهو متحقق في الفرض فلا يقال : أنّه مضطر فى مقدار الربع خاصّة ، كما أنّه لا يقال : أنّه متمكن بالمرأة الواحدة ، باعتبار تمكنه من اشهادها على ما يزيد على مطلوبه بثلاثة أرباع ، وهكذا فى الاثنتين ، فإن مثله لا يعدّ تمكنا كما لا يخفى على من تأمل النصوص والظاهر أنّه لا يجوز للمرأة العالمة بقدر الموصى به ، وأنّه لا شريك لها فى الشهادة تضعيف المشهود به على وجه يصلح للموصى له ، مقدار ما أوصى به له ، للكذب المحرم الّذي مثل ذلك لا يعدّ مصلحة لتسويغه ، لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعا كونه له ، وإن كان فى الواقع أنّه له .

ثمّ إنَّ الظاهر اعتبار العدالة في أهل الذمة فى دينهم ، وفاقاً لصريح جماعة وظاهر آخرين ، اقتصاراً على المتيقّن وللتصريح به فى خبر حمزة بن حمران[2] عن أبي عبدا عليه‌السلام قال : «سألته عن قول الله عزّ وجل «ذوا عدل » الى آخر الآية قال : اللذان منكم مسلمان ،

---

(١) سورة المائدة الآية -١٠٦ .

(٢) الوسائل الباب -٢٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -٧ .

واللذان من غيركم من أهل الكتاب ، فقال : إنمّا ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيتّه فلم يجد مُسلِمَيْن ، فليشهد على وصيّته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما » بل هو ظاهر غيره أيضاً بل لعله الظاهر من قوله تعالى : «أو آخران من غيركم » بعد تقدّم اعتبارها في الشاهدين منا ، فيكون المراد ثبوتها بالعدلين منا أو من غيرنا ، وأما اعتبار حلفها مطلقا ، أو بعد صلوة العصر بالكيفية الموجودة في الآية مطلقا ، أو مع الريبة فيهم كما في الآية أيضاً فهو محتمل ، بل حكى عن العلامة بل ظاهر الكركي وغيره القول به ، في صورة الريبة للآية وبعض النصوص المفسرة لها الظاهر في كون الحكم ما فيها ، قال الصادق عليه‌السلام في خبر يحيى بن محمّد[1] متصلا بما سمعته سابقاً من صدره ، وذلك «إذا مات الرجل في أرض غربة فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله تعالى «لا نشترى » إلى آخر الآية قال : وذلك إن ارتاب ولي الميّت في شهادتهما ، فإن عثر على أنهما شهدا بالباطل ، فليس له أن ينقض شهادتهما حتّى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الأوّلين ، فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما ، وما اعتدينا إنّا إذاً لمن الآثمين ، فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين بقول الله تعالى[2] «ذلك ادنى » إلى آخر الآية ، لكن قد يقوى في النظر خلافه لاطلاق جملة من النصوص معتضداً بخلوّ فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره ، فلا بد من ارتكاب النسخ الذي لا وجه للقول بعدم صلاحية مثل ذلك له ، ضرورة كونه كالتخصيص أو الندب احتياطا في الأمر واستظهاراً ، وإن كان لم يذكره المعظم أيضاً ، ومنه يعلم قوّة احتمال الأوّل .

ولكن الاحتياط مع امكانه لا ينبغي تركه ، بل ينبغي أن يكون حلفهما بما في الآية ، وبعد صلاة العصر الذي هو محل اجتماع الناس ، كما فعله رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله على ما في الخبر[3] ويقوى أيضاً عدم اعتبار السفر في قبولها أيضاً ، وفاقاً للأكثر ، بل في ظاهر المتن في باب

---

(١) الوسائل الباب -٢٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -٦

(٢) سورة المائدة الآية ١٠٧ .

(٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

الشهادة الإجماع عليه ، بل فى الرياض لم أجد فيه مخالفاً إلاّ نادراً ، وإن تضمنته الآية ، إلاّ أنّه خارج مخرج الغالب ، فلا يصلح لتقييد ما دلّ على قبولها فى السفر الحضر من النصوص حينئذٍ كما هو واضح .

وعلى كلّ حال فقد ظهر لك عن ذلك كلّه قبول شهادة أهل الذمة فى الجملة لكن قوله تعالى[1] «فان عثر» إلى آخر الآية قد تضمن حكما لم يتعرّض له أكثر الأصحاب ولا تصدّوا له ، ولم ينصّوا على النسخ ، ولا على عدمه ، مع أن النصوص قد تعرضت له أيضاً فإنّ فى خبر يحيى بن محمّد[2] عن الصادق عليه‌السلام بعد أن ذكر شهادة الذمّيّين وحلفهما قال عليه‌السلام : فان عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين فيقسمان بالله لشهادتنا أحق إلى آخر الآية فإذا فعل ذلك نقض شهادة الأوّلين وجازت شهادة الآخرين يقول الله عزّ وجلّ «ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة» إلى آخره .

وفي مرسل عليّ بن إبراهيم[3] قال : خرج تميم الدارى وابن بندى وابن أبي مارية في سفر وكان تميم الدارى مسلما وابن بندى وابن أبي مارية نصرانيّين ، وكان مع تميم الدارى خرج له فيه متاع وآنية منقوشة بالذهب وقلادة وأخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع فاعتل تميم الدارى علّة شديدة فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندى وابن أبي مارية أن يوصلاه إلى ورثته فقدما إلى المدينة وقد أخذا من المتاع الآنية والقلادة وأوصلا سائر ذلك إلى الورثة فافتقد القوم الآنية والقلادة فقالوا لهما هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقة كثيرة؟ قالا : لا ، ما مرض إلاّ أياماً قلائل ، قالوا : فهل سرق منه في سفره هذا؟ قالا : لا . قالوا : فهل اتّجر تجارة خسر فيها ؟ قالا : لا ، قالوا : فقدنا أفضل شيء كان معه : آنية منقوشة بالذهب مكلّلة بالجوهر ، وقلادة . فقالا : ما دفع إلينا فقد أدّيناه إليكم فقدّموهما إلى رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله فأوجب عليهما اليمين ، فحلفا فخلاّ عنهما ، ثمّ ظهرت تلك الآنية والقلادة عليهما ، فجاء أولياء

(١) سورة المائدة الآية — ١٠٨ .
(٢) الوسائل الباب —٢٠ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —٦ .
(٣) الوسائل الباب — ٢١ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —١ .

تميم إلى رسول الله ﷺ فقالـوا : قد ظهر عَلَى ابن بندى وابن أبي مارية ما ادّعيناه فانتظر رسول الله ﷺ الحكم من الله في ذلك ، فأنزل الله تبارك وتعالى «يا أيّها الّذين آمنوا» إلى آخر الآية ، فهذه الشهادة الأُولى الّتي جعلها رسول الله ﷺ «فإن عثر على أنّهما استحقّا إثماً» أى أنّهما حلفا على كذب «فآخران يقومان مقامهما» ، يعني من أولياء المدعى من الّذين استحقّ عليهم ، ، فيقسمان بالله ، أي يحلفان بالله أنّهما احقّ بهذه الدعوى منهما فانّهما قد كذبا فيما حلفا بالله لشهادتنا أحق إلى آخره فأمر رسول الله ﷺ أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على أمرهم ، فحلفوا فأخذ رسول الله ﷺ القلادة والآنية من ابن بندى وابن أبي مارية وردّهما على أولياء تميم الدارى ، وهو وإن كان مضمونه غير الأوّل ، ضرورة صراحته في حلف أولياء تميم بمجرّد دعواهم ، إلاّ أنّه على كلّ حال مخالف للضوابط والقواعد .

نعم في غير هذا الخبر أن النصرانيّين قد ادّعا شراءه عن تميم ، وأنكرهما الورثة ، ولعلّ هذا الوجه في تحليف الوليّين ، ويمكن أن يكون الإرث منحصراً فيهما ولذلك حلفا إلاّ أن ذلك كلّه أجنبى عن ظاهر الآية ، كما ان هذا الخبر الّذي هو السبب في نزول الآية أجنبي عمّا عند الأصحاب من قبول شهادة أهل الذمة في الوصيّة لعدم تضمنه شيئاً من ذلك .

وعلى كلّ حال فالعمل على ظاهر الآية ما لم يثبت نسخها ، وقد اطنب في مجمع البيان في تفسيرها واعرابها وقراءتها حتّى حكى عن الزجاج من ثمّ «فإن عثر» إلى آخر الآية أصعب آية في القرآن اعراباً خصوصاً على قراءة فاستحق بالبناء للفاعل ، وليس المقام مقام تحرير ذلك فراجع وتأمل ، وان كان الاظهر جعل الاوليان خبر مبتدإٍ محذوف أى هما الاوليان ، بمعنى هما اللّذان يقومان ويحلفان من بين الّذين استحق عليهم أى الورثة أو استحق الموصى له عليهم على قراءة البناء للفاعل .

ولو شهد عدل وذمي فالاقرب وجوب اليمين حينئذٍ كما في القواعد ولعله لعدم تمام الحجة بهما . وإن كان العدل أولى من الذمّي ، لكنّه خارج من مفروض المشروعية ولا عبرة بمثل الاولوية المزبورة بل هي في الحقيقة قسم من الاستحسان ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف في أنه ﴿ تقبل في الوصية بالمال شهادة ﴾ العدل،

الـ ﴿ واحد مع اليمين ﴾ بل ولا اشكال لاطلاق دليله ، بل يمكن تحصيل الاجماع من الخاصة عليه فما في نافع المصنّف من التردّد في ذلك في غير محلّه ﴿ أو شاهد ﴾ عدل ﴿ذكر وامرأتين ﴾ ثقتين ، بلا خلاف ولا اشكال ، لاطلاق ما دلّ على ذلك الشامل لما نحن فيه بل هو أخف ﴿ و ﴾ لذلك اختص بانّه ﴿ تقبل ﴾ فيه ﴿ شهادة ﴾ الامرأة ﴿ الواحدة ﴾ العادلة لكن ﴿ في ربع ما شهدت به ، وشهادة اثنتين في النصف و ﴾ شهادة الثلاث في ثلاثة الارباع و ﴾ أمّا ﴿ شهادة الاربع في الجميع ﴾ فهو مشترك بين المقام وغيره ، من الأموال من غير خلاف في شيءٍ من ذلك أجده ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، فضلاً عن محكيّه والاصل فيه المعتبرة المستفيضة منها قول الصادق عليه‌السلام في خبر ربعي [1] في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل فقال : يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها » ومنها قول أبي جعفر عليه‌السلام [2] « قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في وصيّة لم يشهدها إلاّ امرأة أن تجوز شهادتها في ربع الوصيّة إذا كانت مسلمة غير مريبة في دينها » ولا يعارضها خبر عبد الرحمن [3] سألت أبا عبد الله (ع) عن المرأة يحضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأة تجوز شهادتها قال تجوز شهادة النساء في العذرة والمنفوس ، وقال : تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجل » ومضمر عبدالله [4] «سألته عن إمرأة حضرها الموت وليس عندها إلاّ امرأة أتجوز شهادتها ؟ فقال : لا تجوز شهادتها إلاّ في المنفوس والعذرة » ومكاتبة أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه‌السلام «إمرأة شهدت على وصيّة رجل لم يشهدها غيرها وفي الورثة من يصدقها ، ومنهم من يتهمها فكتب : لا ، إلاّ أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها » لقصورها عن المقاومة من وجوه ، فلا بأس بطرحها ، أو حملها على إرادة عدم نفوذها في الجميع ، والأوّل منها على إرادة قبولها فيما هو أعظم من الوصيّة ، والثاني على الاستفهام الانكاري ونحو ذلك .

نعم الظاهر قصر الحكم على مورد النص فلا يتعدى منه إلى غيره ، كقبول شهادة الرجل

---

(١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

(٢ ٤) الوسائل الباب -٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ و ٣ و ٦ و ٧ و ٨ .

الواحد في النصف باعتبار كونه بمنزلة شهادة امرأتين وإن احتمل ، لكنّه في غير محلّه ، بل قد يقال : بعدم ثبوت الربع به فضلا عن النصف ، وإن اختاره الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما ، لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن ادراكها .

ومن ذلك يعلم أنّ الخنثى المشكل لا يثبت بشهادتها وحدها شيء لعدم العلم بكونها امرأة ، وأما الخنثيان فيثبت الربع فقط ، والثلاثة ثلاثة أرباع ، والأربعة تمام المشهود عليه كما هو واضح بأدنى تأمل .

ثمّ ان مقتضى اطلاق النص والفتوى عدم توقف قبول شهادتهن فيما عرفت على اليمين خلافاً للمحكي عن التذكرة فقال : بتوقفه عليه كذلك ، كما في شهادة الرجل الواحد ، وفيه أنّه لا دليل هنا على اعتبار اليمين ، بل ظاهر الادلة خلافه ، كما عرفت على أن اليمين مع شهادة الواحد توجب ثبوت الجميع ، فلا يلزم مثله في البعض ، والتزامه فيما إذا انضم الى شهادة الاثنين أو الثلاثة باعتبار قيامها مقام الرجل بخلاف الواحدة ، يدفعه أن مقتضى النصوص النصف في الأول ، وثلاثة الارباع في الثاني ، بمجرد الشهادة ، ووجود اليمن مع عدم اعتبار الشارع لها بمنزلة العدم وقيام الاثنين مقام الرجل في بعض الموارد ، لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه ، حتى أنّه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك ، وكذا لا يشترط في قبول شهادتهنّ هنا فقد الرجال للاطلاق خلافاً للمحكي عن الاسكافي والطوسي فاشترطاه ، ولا ريب في ضعفه .

نعم لا يعتبر في شهادتهنّ غير العدالة ، فلا تجزى شهادة الفاسقة ولا الذمية ، ولو في مقام تقبل فيه شهادة ذكورهم ، إذا فرض عدمهم ، اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقّن ، وهو ذكور أهل الذمة دون نسائهم ، ولو مع فقد ذكورهم ، وذكور المسلمين ونسائهم كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا تثبت الوصيّة بالولاية إلاّ بشاهدين ﴾ مسلمين عادلين للأصل السالم عما يقتضي قطعه بغير ذلك لعدم ثبوت حجيّته ، ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا تقبل شهادة النساء في ذلك ﴾ منفردا بل في المسالك ومحكي غيرها نفي الخلاف فيه ، لأنّها ليست وصيّة بمال ، بل هي تسلط على تصرّف فيه وليس ممّا يخفى على

الرجال غالباً ، وذلك ضابط محلّ قبول شهادتهنّ منفردات نصاً وفتوى .

قلت : كما أن ضابط قبولهن منضمات كون المشهود عليه مالا لا ولاية .

لكن قدْ يناقش بأنّها قد تتضمن المال ، كما اذا أراد الوصى أخذ الأجرة والاكل بالمعروف بشرطه ، وبأن الولاية وإن لم تكن مالا لكنّها متعلقة به ، كبيعه وإجارته وإعارته ، ونحو ذلك ؛ ومن ذلك يتّجه القول بالقبول ، لعموم ما دلّ على قبول خبر العدل الشامل للذكر والانثى ، ولو بقاعدة الاشتراك .

اللّهمّ إلاّ أن يقوم اجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات ومنضمّات ، كما هى عساه يشعر به في الجملة نفى الخلاف المزبور مؤيداً بعدم العثور على ما ينافيه ، وبتقرير من تأخّر عنه عليه على وجه يظهر منه الاعتراف به .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هل تقبل ﴾ فيها ﴿ شهادة ﴾ العدل ﴿ الواحد مع اليمين ؟ فيه تردد ﴾ (أظهره المنع) عند المصنف خاصة فى الكتاب خاصة ينشأ ممّا عرفت لكن في المسالك قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسألة ، ولا تردّد ، ولذا وافقهم المصنّف في مختصر الكتاب على القطع ، بل فى الرياض أن النصوص كالاتفاق المحكي في المسالك وغيرها متفقة الدلالة على انحصار قبولها فى الحقوق المالية .

قلت : بل لعلّ الأصل أيضا يقتضى عدم ثبوتها بعد قيام الادلة على اعتبار التعدد فى الشهادة ، ، وقيام اليمين مقام الواحد غير ثابت فى المقام فتأمل جيّداً .

فإنّه قد اشبعنا الكلام في المسألة في كتاب القضاء والشهادات ، ومنه يعلم قوّة القول بالاكتفاء به بل والمرأتين واليمين فضلاً عنهما مع الرجل فلاحظ وتأمل .

وأما شهادة أهل الذمة فقد يقال : ان مقتضى اطلاق الآية والرواية قبولها فيها أيضاً بالشرط المزبور ، ولعله لذا ولأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها في القواعد لكن قال : أقربه العدم ، ولعلّه كذلك اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعية على المتيقّن ولا اطلاق فى الادلة بحيث

تطمئن به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال فلاحظ وتأمّل . والله العالم .

﴿ ولو أشهد انسان عبدين له ، على حمل أمته أنّه منه ، ثمّ مات فاعتقا وشهدا بذلك ﴾ بعد العتق ﴿ قبلت شهادتهما ﴾ وإن لم نقل بقبول شهادة العبد .

للصحيح [1] «في رجل مات وترك جارية ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدين ، ولدت الجارية غلاما فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع على الجارية ، وأنّ الحبل منه ، قال : تجوز شهادتهما ويردّان عبدين كما كانا » .

والموثق [2] «عن رجل كان في سفر ومعه جارية له ، وغلامان مملوكان فقال لهما : أنتما حرّان لوجه الله ، وأشهد أنّ ما في بطن جاريتي هذه منّي ، فولدت غلاما ، فلما قدموا على الورثة أنكروا ذلك ، واسترقّوهم ، ثمّ أن الغلامين اعتقا بعد ذلك ، فشهدا بعد ما أعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما على أنّ ما في بطن جاريته منه قال : يجوز شهادتهما للغلام ، ولا يسترقّهما الغلام الّذي شهدا له لأنهما أثبتا نسبه» .

مضافاً إلى نفي الخلاف فيه ، في الرياض مع الايصاء بالشهادة ، بل في المسالك أن عليه أصحابنا ، بل ومع عدم الايصاء خلافاً للطوسي فخصّها بالأوّل ، ولا وجه له سوى دعوى أن أمر الوصيّة أخف من غيره ، ولذا قبلت فيه شهادة أهل الذمة ، وهو كما ترى ، وإلى ما تعرفه في محلّه من قبول شهادة العبد مطلقاً .

وعلى كلّ حال اتفاقهم ظاهراً على الحكم هنا ، وخلافهم في قبول شهادة العبد على أقوال متعدّدة ، إمّا أن يكون للخبرين المزبورين المعتضدين بما عرفت ، أو لأنهما حرّان في ظاهر الشرع ، وفي حق الورثة الّذين شهدوا عليهم ، وإن استلزم ذلك رقيّتهما لغيرهم أخذا باقرارهما ، أو لعدم بينة على دعويهما العتق من سيدهما الأصلي ، ولا تنافي بين الأمرين . بعد أن كانا من الاحكام الظاهرية التي يمكن العمل بكلّ منهما نحو الصيد الواقع في الماء ، فإنّه يحكم بميتته وطهارة الماء ، عملا بكلا الاصلين وليس ما نحن فيه ممّا يستلزم من وجوده

(١ و٢) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢ -١ .

عدمه ، لأن ذلك إنّما هو في الأحكام الواقعيّة دون الظاهرية ، فإنّ الأصحاب في غير مقام يجرون كلا من الأصلين على مقتضى سببه الظاهر ، وإن تنافيا في الواقع من غير فرق بين اتحاد الموضوع وتعدُّده .

ومن ذلك يظهر لك ما في المسالك حيث أنّه بعد أن ذكر الصحيح المزبور قال : وهو مبنى إما على قبول شهادة العبد مطلقا أو على مولاه ، لأنّهما بشهادتهما للولد صارا رقاً له ، لتبيّن ان معتقهما لم يكن وارثاً أو على أن المعتبر حريتهما حال الشهادة وإن ظهر خلافها بعد ذلك أو على أن الشهادة للمولى لا عليه ، فتقبل كما هو أحد الأقوال في المسألة .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد قيل : أنّه ﴿ لا يسترقهما المولود ﴾ بمعنى أنّه يحرم عليه ذلك عملاً بظاهر النهى في الموثق ﴿ وقيل : يكره ، وهو أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده المؤيدة بظاهر الصحيح الأوّل ، وإن كان يمكن أن يقال : أنّه لا تعارض بينهما باعتبار ظهور الأوّل في رجوعها مملوكين ، والثاني في أنّه يحرم عليه استرقاقهما وهما غير متنافيين .

لكن الانصاف أنّ الأوّل ظاهر في جواز بقائهما فينا في الحرمة في الثاني ومن هنا حمل النهى على الكراهة ، خصوصاً بعد التعليل المزبور المشعر بها بل الظاهر فلا ريب أن القول بها هو الأقوى ، والله هو العالم .

﴿ ولا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه ، ولا ما يجرُّ به نفعا ، أو يستفيد منه ولاية ﴾ على المشهور بين الأصحاب بل الظاهر عدم الخلاف كما اعترف به غير واحد إلاّ من الاسكافى فجوّز شهادة الوصى لليتيم فى حجره ، وإن كان هو المخاصم للطفل ، ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يفسد شهادته من عداوة ونحوها ، ومال اليه المقداد ، بل وكذا ثانى الشهيدين ، لكن قال : ان العمل على المشهور ، بل فى الرياض بعد أن نقل ذلك قال : وهو حسن ، أن بلغ الشهرة الإجماع كما هو الظاهر منه والا فمختار الاسكافى لعلّه أجود ، لبعد التهمة من العدل ، حيث أنّه ليس بما لك ، ولم يكن أجرة على عمله فى كثير من الموارد .

ومضافاً إلى المكاتبة الصحيحة الصريحة المروية في الفقيه[1] في باب شهادة الوصى

---

(١) الفقيه ج٣ ص ٤٣ الرقم ١٤٧ .

للميّت ، وعليه دين ، وفيها وكتب إليه أيجوز للوصى أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميّت ، أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير ، وليس للكبير بقابض ؟ فوقّع عليه‌السلام : نعم ، وينبغى للوصى أن شهد بالحق ، ولا يكتم شهادته » وظاهر الصدوق العمل بها .

وفيه : أنّ المانع فيه وفى نظائره أنّه يرجع إلى كونه مدعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به ، فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنّه ملك للراهن مثلاً ، وكشهادة الشريك لشريكه وغرماء المفلس بمال له ، بل لعل منه غرماء الميت أيضاً مع قصور التركة بل ومع عدمه فى وجه ، ونحو ذلك مما يرجع إلى تعلق حق للمدعى ، فعدم قبول شهادته حينئذٍ لذلك ، وحينئذٍ مدخليّة لبعده عن التهمة بالعدالة ، كما أن ما ذكرناه حاصل ، وإن لم يكن له أجرة ، وأما المكاتبة فمع اعراض المعظم عنها ، وامكان حملها على شهادته على ما لا حق له فيه من مال الكبير ونحوه ، قاصرة عن معارضة ما يقتضى خلافها ، على أنّها مشتملة على كتابته إليه أيضا أنّه هل تقبل شهادة الوصى للميّت بدين له على رجل آخر مع شاهد آخر عدل فوقع عليه‌السلام «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين » إذ لا يخفى أن يمين المدعى مع العدل الواحد كاف في مثله ، فلا يحتاج حينئذٍ إلى شهادته ، فاعتبار اليمين معها كناية عن عدم قبولها .

نعم لا خلاف كما اعترف به غير واحد ، بل ولا اشكال فى قبول شهادة الوصيّ فيما لم يكن وصياً فيه ، لعموم ما دل على قبول شهادة العدل ، ومن ذلك شهادته على الميّت بدين ، ولا ينافي ذلك ما في المكاتبة المزبورة ، من أنه كتب إليه أيضاً أو تقبل شهادة الوصى على الميّت بدين مع شاهد آخر عدل ؟ فوقع عليه‌السلام : «نعم من بعد يمين » فان اعتبار اليمين هنا لا ينافي قبول شهادته ، لكون الدعوى على الميتّ ، فاعتبارها للاستظهار ، كما لو كان الشاهد غيره ، وهو واضح ، وقد ظهر لك من ذلك كلّه أن الشهادة متى ما جرّت نفعا لم تقبل ، لكن على معنى رجوع الشاهد إلى كونه مدّعياً ، ولو باعتبار تعلّق حق له فيما شهد عليه ، فإنّ هذا القدر هو المسلم من هذه الكلّية ، وإن كان في كلمات الأصحاب أمثلة لها تقتضى الزيادة على ذلك ، إلاّ أن إقامة الدليل بحيث يصلح للخروج عما دلّ على قبول شهادة العدل صعب ، كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم فى هذا المقام ، وإن كان ربما ذكر لذلك بعض التعليلات الاعتبارية التي لا

تصلح مدركا للاحكام الشرعية ، والرجاء من الله تعالى ان يأتي زيادة تحقيق لذلك في محلّه فانّه قد اشبعنا الكلام فيها في كتاب الشهادات فلاحظ وتأمل فانه ربما كان بعض الاختلاف بين المقامين .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فمقتضى ما ذكرناه أنّه ﴿ لو كان وصياً في إخراج مال معين فشهد للميّت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل ﴾ لما فيها من اثبات حقّ له ، اللّهمّ إلاّ أن يفرض على وجه لا يكون له حقّ أصلاً ، فإنّه يتّجه القبول حينئذٍ ، وقد يقال : ان مجرّد وصايته على اخراج المال المعين لغيره ليس حقاً يمنع من قبول شهادته .

نعم لو كان المال عائداً له ، اتجه عدم القبول حينئذٍ لما ذكرناه فتأمل جيّداً .

﴿ مسائل أربع ﴾

﴿ الأولى : إذا ﴾ أعتق في مرض الموت أو ﴿ أوصى بعتق عبيده وليس له سواهم ﴾ ولم يجز الورثة ﴿ اعتق ثلثهم ﴾ بناء على الأصحّ ، من كون المنجزات من الثلث ﴿ بالقرعة ﴾ بتعديلهم أثلاثاً بالقيمة وعتق ما أخرجته القرعة بلا خلاف أجده للمرسل [١] عن النبي صلى الله عليه وآله «في ستّة عبيد اعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن غيرهم فجزّاهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم» والصحيح [٢] عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعتق ثلثهم ، فقال : «كان عليّ عليه السلام يسهم بينهم» والخبر الّذي رواه المشايخ الثلاثة [٣] عم موسى بن جعفر عليه السلام «قال : إن أبي ترك ستين مملوكاً وعتق ثلثهم فأقرعت بينهم وأخرجت عشرين فأعتقتهم» ولو استلزم التعديل التجزئة في العبد اعتق ذلك الجزء والسعى في الباقي ، وإنما لا يعتق ثلث كل واحد منهم مع أن كلّ واحد منهم بمنزلة الموصى له ، وقد عرفت أيضاً فيما تقدم أنّ الوصايا إذا وقعت دفعة قسّط عليها الثلث بالنسبة ، لما سمعته من فعل النبيّ صلى الله عليه وآله ذلك ، وغيره ، وإن كان هو في المنجز إلاّ أن الإجماع بحسب الظاهر على عدم الفرق بينه وبين الوصيّة هنا ، مضافاً إلى الصحيح عن عليّ عليه السلام . بل يمكن أن يكون منها

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢١

(٢ و ٣) الوسائل الباب – ٦٥ – من أبواب العتق الحديث – ١– ٢ .

خبر موسى بن جعفر عليه السلام ، سيما بعد قوله فأعتقهم ، ولاستلزام عتق الكلّ الأضرار بالورثة ، ﴿ ولو رتبهم ﴾ في الاعتاق أو الوصية به ﴿ أعتق الأوّل حتّى يستوفى الثلث ، و تبطل الوصيّة ﴾ أو التنجيز ﴿ فيمن بقى ﴾ إذا لم يجز الوارث بلا خلاف أجده ، كما اعترف به في الرياض للأصل المتقدّم ، وخصوص النص[1] «في رجل أوصى عند موته أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً وفلاناً فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة المماليك الخمسة الّذين أمر بعتقهم قال : ينظر إلى الذين سَمَّاهم وبدء بعتقهم ، فيقوّمون ، وينظرون إلى ثلثه فيعتق معه أوّل شيء ثمّ الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس ، فإن عجز الثلث كان في الّذي سَمّى أخيراً ، لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك ، فلا يجوز له ذلك .

﴿ ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ، استخرج ذلك العدد بالقرعة ﴾ لأنّها العدل بين العبيد الّذين قد تعلّق لكلّ منهم حق بالوصية ، ولا طريق لتمييزه إلاّ القرعة ﴿ وقيل : يجوز للورثة أن يتخيروا بقدر ذلك العدد ، والقرعة على الإستحباب ﴾ حينئذٍ ﴿ وهو حسن ﴾ بل في المسالك أنّه أقوى لأنها لكلّ أمر مشكل ، ولا إشكال بعد فرض كون الموصى به من المتواطيء الّذي قد عرفت الخيار فيه للوارث .

﴿ الثانية : لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجّزاً وليس له سواه ﴾ ولم يجز الوارث ﴿ قيل : عتق كله ﴾ بناء على أن المنجز من الأصل ﴿ وقيل : ينعتق ثلثه و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ يسعى للورثة في الـ ﴾ ﴿ باقي ﴾ من ﴿ قيمته وهو أشهر ﴾ وأقوى كما عرفته في الحجر وتعرفه هنا في محلّه إن شاء الله تعالى ﴿ ولو أعتق ثلثه ﴾ عند الوفاة ﴿ يسعى في باقيه ﴾ فيدفع جميع ما يكتسبه فاضلاً عن مؤنته بعد ذلك في فكّ باقيه ، لا بنصيب الحرّية خاصّة ، لكونه حينئذٍ كالمكاتب الّذي تحرر بعضه ﴿ ولو كان له ﴾ أي المعتق ﴿ مال غيره ﴾ أي العبد ﴿ أعتق الباقي من ثلث تركته ﴾ للسراية التي هو سببها ، وبذلك كان المنجز ، الّذي قد عرفت أن الأصحّ خروجه من الثلث ، مع احتمال كون ذلك من الأصل ، وإن قلنا : بكون المنجز منه ، لا من الأصل باعتبار أن العتق بالسراية

---

(١) والوسائل الباب – عع – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

قهري ؛ فيكون من الأصل إذ ليس هو من التبرعات وإن كان الأول أقوى .

﴿ الثالثة : لو أوصى بعتق رقبة ﴾ وأطلق ولم يكن ، ثمّة قرينة أجـزء الصغير، والكبير، والذكر والأنثى والخنثى للإطلاق ، وفي خبر الحضرمي [١] قلت له أي لأبي عبد الله عليه‌السلام «إن علقمة بن محمّد وصّاني أن أعتق عنه رقبة ، فأعتقت عنه امرأة فيجزيه ، أم أُعتق عنه من مالي ؟ قال : قال : تجزيه ، ثمّ قال لي : انّ فاطمة أم ابني أوصت أن أُعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة » .

ولو قال : ﴿ مؤمنة وجب ﴾ امتثال ما أوصى به بلا خلاف ولا إشكال ، للنهى عن تبديلها الّذي يكون ترك امتثال ما أوصى به ، أو أولى بالنهى ، والمراد بالإيمان عرفا الاعتقاد بإمامة الإثنى عشر ، وقد يطلق على غير ذلك ، إلاّ أنّ المنساق عرفا الآن ذلك خصوصاً إذا كانت الوصيّة من أحدهم .

نعم الظاهر الحاق مستضعف هذه الفرقة بهم في الأحكام ، ﴿ فإن لم يجد اعتق من لا يعرف بنصب ﴾ كما عن الشيخ بل في الرياض عن ظاهر التنقيح و صريح غيره عدم الخلاف فيه ، لخبر عليّ بن أبي حمزة [٢] المنجز ضعفه بالشهرة المحكية في الروضة ، وعن غيرها قال : «سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا ، فلم يوجد بذلك قال : يشترى من الناس فيعتق» وهو وإن كان خالياً من التقييد بعدم النصب إلاّ أنّه معلوم من الخارج كفر الناصب ، وعدم جواز عتقه .

ومنه يعلم عدم الفرق بين النصب وغيره ممّا يوجب الكفر في فرق المسلمين ، و لعلّ التقييد به لكثرته في المخالفين ، والتصريح به في خبره الآخر [٣] «سألت عبدا صالحاً عن رجل هلك ، فأوصى بعتق نسمة مسلمة بثلاثين دينارا فلم يوجد الذي سمى قال : ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى ، قلت : فإن لم يجدوا قال : فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصباً» وهما وإن كانا فيمن لم يجد بما أوصى به الموصى ، وهو غير مفروض المتن إلاّ أنّ الظاهر عدم الفرق ، بل ما

---

(١) الوسائل الباب – ٧٤ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب – ٧٣ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ – ١ .

في المتن أولى بهذا الحكم من ذلك والمناقشة بضعف السند بعد التسليم مدفوعة بما عرفت من الانجبار بما سمعت .

فما عن ابن ادريس – من عدم الاجتزاء بذلك ، وعن ابن البراج – أنّه احتاط به ، بل اختاره ثاني المحقّقين والشهيدين لعموم «من بدّله» ونحوه فيتوقع المكنة حينئذٍ ، فمع اليأس يكون حكمه حكم ما لو تعذّر صرف الموصى به فيما أوصى به .

واضح الضعف بل هو من الاجتهاد في مقابلة النص ، وقد عرفت المراد بالناصب في كتاب الطهارة .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو ظنّها مؤمنة ﴾ لاخبارها ، أو لاخبار من يعتد به ، أو لإظهارها الإيمان أو نحو ذلك من الطرق الشرعيّة ﴿ فأعتقها ثم بانت بخلاف ذلك أجزأت عن الموصى ﴾ بلا خلاف أجده كما في الرياض لقاعدة الأجزاء في نحوه ، ممّا كان المرء متعبدا فيه بظنّه .

وللصحيح[1] عن رجل أوصى بنسمة مؤمنة عارفة ، فلمّا أعتقناها بان أنّها بغير رشدة فقال : قد أجزأت عنه ، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى اضحية على أنّها سمينة فوجدها مهزولة» .

﴿ الرابعة : لو أوصى بعتق رقبة بثمن معين فلم يجد به ، لم يجب شراؤها ﴾ بالزائد ، لعدم المقتضى ، حتّى لو بذل له الوارث أو غيره ، بل لو تمكن منه من ثلث الميّت لم يجب أيضاً ، بل قد يشكل جواز ذلك له فضلا عن وجوبه ، بعد كونه الموصى به .

نعم لو بذل صاحب الرقبة بأن رضى بالقدر المزبور عوضاً لها ، أمكن الوجوب حينئذٍ وهو خارج عن المفروض الذي قد عرفت أن حكمه ترك الشراء ﴿ وتوقع وجودها بما عيّن له ﴾ فإن آيس منه صرفه في وجوه البرّ التي هي طريق إيصال مال الميّت إليه ، إذ لا معنى لإرجاعه إلى

(١) الوسائل الباب – ٩٥ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٣ .

الوارث بعد خروجه عنه بالوصيّة ، وتعذر انفاذها بعد فرض كونها ممكنة في حدّ ذاتها حال الوصيّة لا يبطلها بحيث يرجع المال إلى الوارث ولعلّ الأولى اختيار شراء شقص له وعتقه عنه من وجوه البرّ ، لكونه أقرب إلى الموصى به ، وإن كان الأقوى عدم وجوب مراعاة مثل ذلك ،

﴿ ولو ﴾ توقع فلم يجدها بذلك ولكن ﴿ وجدها بأقلّ ﴾ من الثمن الذي أوصى به ﴿ اشتراها وأعتقها ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لقاعدة عدم سقوط الميسور بالمعسور ، ولا مكان دعوى كونه مراداً للموصى في هذا الحال ، وللخبر الآتي .

﴿ و ﴾ إنّما الكلام في قول المصنّف وغيره بل قيل : إنه لا خلاف فيه ﴿ دفع اليها ما بقي ﴾ الظاهر في وجوب ذلك عليه ، وأنه لا يجوز صرفه في غيره من وجوه البر ولعلّه لأنه أقرب إلى الموصى به ولموثق سماعة[1] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم ، فاشترى الوصي بأقل من خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة ؟ قال تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ، ثمّ تعتق عن الميّت ، المحمول على صورة تعذر الموصى به ، ولو بقرينة حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح ، فلا يكون ترك الإستفصال فيه دليلا على العموم ، ومع التسليم يخصّ بظاهر اتفاق الأصحاب على عدم الجواز إلاّ مع التعذر ترجيحا لعموم «من بدّ له» عليه ، وسماعة وإن كان واقفيا إلاّ أنه ثقة ، فيكون الخبر من الموثق الذي قد فرغنا من إثبات حجّيته في الأصول ، على أنه منجبر بالشهرة ، أو عدم الخلاف ، ولعلّ في قوله عليه‌السلام «قبل أن تعتق» إشارة إلى ما ذكرناه من قرب ذلك إلى الموصى به ، باعتبار صيرورة دفع بقيّة المال إليها بمنزلة شرائها بالثمن المعيّن . فتأمل جيّدا .

الفصل ﴿ الرابع : في الموصى له ﴾

﴿ ويشترط فيه الوجود ﴾ حال الوصية ﴿ فلو كان معدوماً لم تصح الوصيّة له كما لو أوصى لميّت ، أو لمن ظنّ وجوده ، فبان ميّتا عند الوصية ، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة ﴾ في الزمان المستقبل ﴿ أو لمن يوجد من أولاد فلان ﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك

(١) الوسائل الباب – ٧٧ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

بل عن نهج الحق والتذكرة الإجماع عليه ، للأصل المقتصر في تقييده بالمنساق من اطلاقات الوصية في الكتاب والسنة على الوصيّة للموجود على أن المراد هنا الوصيّة التي قد عرفت كونها تمليك عين أو منفعة ، والمعدوم ليس له أهليّة التملّك ولا قابليّته ضرورة كون الملك من الصّفات الوجودية الّتي لا تقوم بالمعدوم ، بل لا يتصوّر قيامها فيه ، بل مرجع ملك المعدوم إلى المُلك بلا مالك ، وما ثبت في الوقف من صحته على المعدوم تبعا للموجود ، إنّما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سببا لملك المعدوم بعد وجوده ، فالوجود حينئذ كالقبض أحد أجزاء العلّة التامة في ثبوت الملك له ، لا أنه مالك حال عدمه ، وإلاّ كان وجوده كاشفا عن تحقق شركته مع الموجود من أوّل الأمر ، وهو معلوم البطلان ، وهذا شيء لا مانع عقلا ولا نقلا من شرع الشارع كله ، كما أنه شرعه لإثبات الملء للموجود ما دام موجودا على وجه ينتقل عنه الملك بموته ، ويتلقّاه الآخر من الواقف ، لا من الموقوف عليه ، على خلاف قياس باقي أسباب الملك ، ولو أن الشارع شرع الوصيّة التمليكيّة على هذا الوجه لم يكن بأس في تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور ، إلاّ أنّه لم يثبت من الشارع ذلك فيها ، بل الثابت خلافه ، وأنّها على قياس باقي أسباب الملك نحو الهبة والبيع والصلح ونحوها كما لا يخفى من أدلّتها ، ولو سلّم قابلية تحميل اطلاقاتها ء ذلك ، إلاّ أنّ الإجماع بقسميه على كون المراد منها الموجود ، فما في جامع المقاصد – من إشكال ما سمعته من الأصحاب بما مرّ في الوقف من صلاحية المعدوم للملك تبعا للموجود مع أن الوصيّة أخف منه كما هو واضح لمن لاحظ أحكامها – في غير محلّه ، لما سمعته من وضوح الفرق بين المقامين ، ولا حاجة إلى تكلّفه ثاني الشهيدين في الفرق بينهما ، وأطنب به ممّا لا يرجع إلى محصّل فلاحظ وتأمل والتحقيق ما عرفت .

ولا يرد عليه أنَّ المعدوم ولوكان غير قابل للتمليك ، والملك لم يكن قابلاً للتملك مع أن أ الاجماع بقسميه على صحة الوصيّة بالمعدوم عينا ومنفعة وعلى جواز بيع الثمار ونحو ذلك ممّا هو من تملك المعدوم .

لأنا نقول – بعد الفرق بينهما بالإجماع ونحوه – أنّه يمكن منع تحقق الملك في ذلك كلّه حقيقة . بل أقصاه التأهل للملك ، والإستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل ، وملك المنفعة لمالك العين ، فهو من ملك أن يملك ، لا أنه ملك حقيقة ، بل بالأسباب المزبورة

استحق أن يملك المعدوم بعد وجوده ، لا أنه مالك للمعدوم حقيقة ، ولو أنّه ثبت في الوصيّة صلاحيتها لنحو ذلك في الموصى له ، كما ثبت صلاحيتها له في الموصى به ، لكنه لم يثبت ، بل الثابت خلافه ، كما عرفت بل الظاهر ذلك وان اتفق وجودهُ حال موت الموصى ، ولذا قيّدنا الوجود في المتن بحال الوصيّة .

نعم هذا كلّه في الوصيّة التمليكية ، أما الوصيّة العهديّة الّتي لم يقصد الموصى انشاء تمليك فيها ، فلا أجد مانعا من صحتها للمعدوم ، بمعنى أن يعهد الميّت في اعطاء شيء أو وقفه أو نحو ذلك لمن يتولد من زيد مثلاً ، واطلاق اشتراط الأصحاب الموجود في الموصى له منزّل بقرينة تعليلهم وغيره على التمليكيّة الّتي هي أحد العقود ، كما سمعته سابقاً والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فلا خلاف بيننا في أنه ﴿ تصحّ الوصيّة للأجنبيّ والوارث ﴾ بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر ، مضافاً إلى إطلاق الوصيّة في الكتاب والسنّة وخصوصا آية «كتب[1] » إلى آخره والمعتبر المستفيضة على جواز الوصية للوارث .

منها قول أبي جعفر عليه‌السلام في الصحيح[2] «الوصيّة للوارث لا بأس بها» .

وفي آخر[3] «سأله محمّد بن مسلم عن الوصيّة للوارث فقال : يجوز» .

وفي ثالث[4] «فقال : يجوز ، ثمّ تلا هذه «إن ترك خيراً» إلى آخره إلى غير ذلك .

فما عن العامة — من منع جوازها للوارث مطلقا ، أو إذا لم يجز غيره من الورثة — واضح الفساد ، كوضوح حمل ما ورد في أخبارنا ممّا يوافق ذلك على التقية منهم .

نحو ما عن تفسير العياشي من خبر أبي بصير[5] «عن أحدهما عليه‌السلام في قوله تعالى «كتب» إلى آخره قال : هي منسوخة ، نسختها آية الفرائض التي هي المواريث» أو على إرادة نسخ الوجوب دون الإستحباب أو الجواز .

(١) سورة البقرة الآية ١٨٠ .
(٢ — ٥) الوسائل الباب — ١٥ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤ و٥ و٢ و١٥ و١٢ و٤

وخبر القاسم بن سليمان[١] «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه ؟ فقال : لا تجوز وصيّته لوارث ، ولا اعتراف له بدين» المحتمل أيضا إرادة نفي الوصية بالزايد على الثلث .

كما في النبوي[٢] المروى عن تحف العقول أنّه قال صلى‌الله‌عليه‌وآله ؟ في خطبة الوداع : «أيّها الناس إنّ الله قد قسّم لكلّ وارث نصيبه من الميراث ، ولا تجوز وصيّة لوارث ، بأكثر من الثلث» .

ومن الغريب ما في دعائم الإسلام[٣] ، عن عليّ وأبي جعفر وأبي عبد الله صلوات الله عليهم «أنّهم قالوا لا وصيّة لوارث» وهذا اجماع فيما علمناه ، ولو جازت الوصيّة للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر ممّا سمّاه الله عزّ وجلّ له ، ومن أوصى لوارث فإنّما استقلّ حقّ الله الّذي جعل له ، وخالف كتابه ومن خالف كتابه عزّ وجلّ لم يجز فعله ، وقد جاءت رواية عن جعفر بن محمّد عليه‌السلام دخلت من أجلها الشبهة على بعض من انتحل قوله ، وهي أنه سئل عن رجل أوصى لقرابته ، فقال : يجوز ذلك لقول الله عزّ وجلّ «ان ترك خيراً الوصيّة للوالدين والأقربين» والّذي ذكرناه عنه وعن آبائه الطاهرين هو أثبت وهو اجماع المسلمين» إلى آخره .

ولكن لا غرو فإنّ الرجل المزبور جديد التشيع على ما ذكر في ترجمته والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ تصح الوصية للذميّ ، ولوكان أجنبياً ، وقيل : لا يجوز مطلقاً ﴾ ولكن لم نعرف القائل ﴿ ومنهم من خص الجواز بذوى الأرحام والأوّل أشبه ﴾ باطلاق الأدلة وعمومها بل عن الخلاف نفي الخلاف فيه ﴿ وفي الوصيّة للحربى تردد ﴾ وخلاف ﴿ أظهره المنع ﴾ فكان حاصل مختاره التفصيل بين الذمى والحربى فالأول تجوز له الوصيّة مطلقاً والثاني لا تجوز مطلقا وهو قول الشيخ في الخلاف وابن ادريس في السرائر وهو أحد الأقوال في المسألة ويدلّ عليه في الأوّل – مضافاً إلى نفى الخلاف المزبور – قوله تعالى[٤] «لا ينهاكم إلى، قوله أن تبرّوهم» بناء على أنّها من البرّ ، أو أولى بالجواز منه ، وعموم الوصيّة واطلاقها ، وما دلّ على وجوب انفاذها وحرمة تبديلها ، وأنّها على حسب ما أوصى به

(١ و ٢) الوسائل الباب – ١٥ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤ و ٥ و ٢ و ١٥ و ١٢ و ١٤ .

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٥٢١

(٤) سورة الممتحنة الآية ٨ .

الموصي ، والنصوص المستفيضة[١] المشتملة على انفاذ الوصية ولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً ، وغير ذلك – وفي الثاني : أنّها مودّة ، وقد نهى الله عنها بقوله[٢] «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يؤادُّون من حادّ الله و رسوله ، ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم» ومنها يعلم عدم الفرق بين الأرحام وغيرهم إذا كانوا حربيّين ، وقوله تعالى[٣] «إنّما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم إلى قوله أن تتولّوهم» مضافاً إلى مفهوم الآية السابقة ، وما عساه يشعر به الوصل في تلك النصوص ، باعتبار ظهوره في أن أقصى أفراد الجواز اليهودي والنصراني ، ولو كان الحربي جائزاً لكان أولى بالذكر ، ولأنّ الحربي غير قابل للملك ، لأنه وما معه ملك للمسلم ، ولأنّه لو صحت لوجب تنفيذها وهو مناف لما دلّ على أخذ المال من الحربي .

لكن قد يناقش بمنع كون الوصيّة الّتي هي عطية بعد الموت مقابلة للهبة الّتي هي عطية حال الحياة مودّة وتولية وبرّا لأنّ الأغراض الداعية إلى ذلك كثيرة ، فإنّه يمكن أن يكون مكافأة وتأليفاً لهم ، وغير ذلك ممّا لا يندرج سببه في الآيتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك ، من حيث المحادة لله ، والقتال للمسلمين ، وعدم الرغبة في الدّين ، لا من غير هذه الحيثيّة ، وإلاّ لمنعت الهبة لهم ، ولغيرهم ، كلّ ذلك مع أنه يمكن منع اقتضاء ذلك عدم الفساد للعقد ، وإن أثم بالمودة التي تترتّب عليها الوصيّة والهبة وليس ذلك من الوصيّة بالمحرم حتّى لو قلنا بحرمة الإيصاء عليه والوصل مثلا والوصل المزبور إنّما تضمّن اليهود والنصراني ، وهو أهم من الذمىّ والحربي ، ودعوى انسياق الأوّل منهما – ولذا يقابل بالحربي – محل منع ، فإن غالب أهل الحرب سابقاً ولاحقاً النصارى والمقابلة إنّما هي بين الذمى والحربي لا بين النصراني مثلاً والحربيّ ، بل لا يبعد دعوى ظهور العبارة في إرادة بيان عدم فرد آخر أشرّ من ذلك ، نحو قوله[٤] فيمن ترك الحج «إن شاء يموت يهوديا أو نصرانياً» فهو حينئذٍ دلّ على التعميم لا على خلافه ، مؤيداً ذلك بما دلّ على صحّة وصيّة المجوسي للفقراء ، وأنّها تنصرف إلى فقراء نحلته ،

(١) الوسائل الباب – ٣٢ و ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا .
(٢) سورة المجادلة الآية – ٢٢
(٣) سورة الممتحنة الآية – ٩ .
(٤) الوسائل الباب – ٧ – من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث – ١

مع أنّه مكلّف بالفروع ، ودعوى عدم قابليّة الحربى للملك واضحة المنع ، وإن ورد أنّهم وماهم فيء للمسلمين ، بمعنى إباحة ذلك للمسلمين ، لا أنّهم تجرى أحكام المماليك حقيقة عليهم .

والمراد بتنفيذ الوصيّة الحكم بكونها للموصى له فلا ينافي في ثبوت استحقاق على الموصى له بمقاصة ونحوها ، ومنه ما نحن فيه ، إذ لا منافاة بين صيرورة المال له بحسب الوصيّة وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك .

وخبر إبراهيم بن محمّد[1] «قال : كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن عليه‌السلام يسأله عن يهودي مات ، وأوصى لديّانه بشيء فكتب عليه‌السلام أوصله إليّ وعرّفني لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله كخبر محمّد بن عيسى[2] قال : «كتب عليّ بن بلال إلى أبي الحسن عليّ بن محمّد عليه‌السلام يهوديّ مات وأوصى لديّانه بشيء أقدر على أخذه هل يجوز أن آخذه فأدفعه إلى مواليك ؟ أو أنفذه فيما أوصى اليهودي فكتب عليه‌السلام أوصله إليّ وعرّفنيه لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله» .

لا صراحة فيهما بالبطلان ، بل ولا ظهور على أنّ المراد من الديان أهل دينه وملّته ، وعن الشيخ حملها على انفاذه في الدين ، لأنه أعلم بكيفية القسمة بينهم ووضعه مواضعه ، وحينئذٍ يكون خارجاً عما نحن فيه .

و ممّا عرفت يظهر لك قوّة القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربي وغيره والقريب وغيره ، وإن دلّ على الجواز في الأوّل زيادة على ما عرفت عموم ما دلّ على صلة الأرحام ، وبرّهم وإعطائهم ، والوصيّة لهم من الكتاب والسنة ، حتّى قوله تعالى :[3] «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصيّة للوالدين» إلى آخر الآية لكن ذلك لا يقتضي اختصاصهم بالجواز كما هو واضح .

ومن الغريب اعتماد بعض الأساطين على المنع في الحربي على ما حكى عن الشيخ في بعض كتبه من قوله «لا تجوز للحربيّ عندنا» باعتبار اشعاره بالإجماع وفيه مع أن الشيخ هو الّذي حكى

(١ و ٢) الوسائل الباب – ٣٥ – من أبواب أحكام الوصايا .

(٣) سورة البقرة الآية ١٨٠

الخلاف ومنه يعلم عدم ظهور عندنا في ذلك ، ان اثبات الأحكام الشرعيّة بأمثال ذلك من مفاسد الفقه ، مضافاً إلى ما عن مجمع البيان من الإجماع على جوازان يبرّ الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابة كان ، أو غير قرابة ، وقال : و إنما الخلاف في إعطائهم مال الزكاة والفطرة والكفارات ، فلم يجوزه أصحابنا وفيه خلاف بين الفقهاء . والله العالم .

﴿ ولا تصحّ الوصيّة لمملوك الأجنبي ﴾ أي غير الموصى ولا المطلق ﴿ ولا لمدبّرة الأجنبي ﴾ ولا لأُمّ ولده ، ولا لمكاتبه المشروط أو الّذي لم يؤدّ شيئاً من مكاتبته ، ولو أجاز مولاه ﴾ اجماعاً محكياً عن ظاهر المهذب وصريح التذكرة بل والتنقيح ، لكن خصّه بالقنّ وأمّ الولد ، وحكى الخلاف في المدبّر والمكاتب عن المفيد والديلمي ، حيث جَوَّزا الوصيّة له ، خلافاً للمبسوط وابني حمزة وادريس ، حيث منعوا فيهما وجعله في الأوّل أشبه كما هو المشهور بين المتأخّرين وقويّ الجواز في الثاني ، وفاقاً للشهيدين وفي الرياض لم أقف في شيء من كتب الأصحاب على من نقل الخلاف عنهما في ذلك .

نعم عن المختلف والمهذب حكاية الخلاف عن المبسوط وابن حمزة في الوصيّة لعبد الوارث ، حيث جوّزاه ، وهذا الخلاف كسابقه لو صحّ النقل شاذ ، بل على فساد الأوّل ادّعى الإجماع في التذكرة .

قلت : لا ينبغي التأمل في بطلان القول بصحة الوصيّة للمدبّر وعبد الوارث ، بناء على عدم ملك العبد مطلقا ، كما عرفت تحقيقه في كتاب البيع ، أو غير ما يملّكه مولاه أو فاضل الضريبة أو أرش الجناية ، ضرورة عدم كون ما نحن فيه من ذلك ، بل هو كذلك في المدبر فضلاً عن القن ، وان تحرر عند استحقاق الوصيّة بعد أن كان مملوكاً حالها ، كما في القواعد ضرورة كونه حينئذٍ كالوصيّة للمعدوم حالها إذا وجد حال الإستحقاق ، فإن المنساق من أدلة مشروعية الوصيّة خلاف ذلك ، وإنه بالموت يتحقق ملك الموصى له ، من غير توقف على شيء آخر ، فالمتّجه حينئذٍ البطلان في الفرض حتى لو صرح باشتراط حريته عند استحقاق الوصيّة .

إنّما الإشكال إن كان في المكاتب ، لانقطاع سلطنة المولى عنه ، ولذا يصحّ بيعه

واكتسابه ، بل الوصيّة له نوع من الإكتساب ، ومن هنا مال من عرفت وغيره كالكركي إلى صحّة الوصيّة له ، لكن فيه أولا ما سمعت من دعوى الإجماع على عدم صحّة الوصيّة له ، مضافاً إلى ما تقدم في محله من عدم قابليّة المملوك للملك ، وأنّه كَلٌّ على مولاه لا يقدر على شيء ، كالبهائم ، من غير فرق في ذلك بين جميع أفرادة ، والكتابة لا تقتضي قابليته للملك ، وإن شرعت على وجه تتعقبها الحرية ، إذا حصل الوفاء بما ضرب عليه وإن كان هو مال السيّد .

لا يقال : إن المراد من صحّة الوصيّة له معاملة الموصى به معاملة ما يستفيده بكسبه .

لأنا نقول أنّه لم يثبت اقتضاء عقد الكتابة ذلك في غير كسبه ، ودعوى أن قبول الوصيّة والهبة له من كسبه يمكن منعها ، ولو سلم اقتضاء اطلاقها ذلك ، لكن يجب الخروج عنه هنا بالإجماع المزبور .

وصحيح محمّد بن قيس [1] عن أبي جعفر عليه‌السلام «في مكاتب كانت تحته امرأة حُرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة ، فقال أهل الميراث لا تجوز وصيّتها ، انّه مكاتب لم يعتق ولا يرث ، فقضى أنّه يرث بحساب ما اعتق منه ، ويجوز له من الوصيّة بحساب ما اعتق منه ، وقضى في مكاتب أوصى له بوصيّة وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّة ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّة فأجاز له ربع الوصيّة وقال في رجل أوصى لمكاتبه وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما اعتق منها» ورواه في الفقيه [2] عن أبي جعفر عليه‌السلام لكن فيه قال : «قضى أمير المؤمنين عليه‌السلام في مكاتب إلى آخره ، وكذا رواه في التهذيب [3] لكن بدون حديث النصف وزاد في آخره «وقضى في وصيّة مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيّته بحساب ما اعتق منه ، و الظاهر ارادته وصيّة نفسه ، كما هو مضمون غير واحد من النصوص ، لا الوصيّة له الّذي هو مفروض المسألة .

والمناقشة في السند باشتراك محمّد بنّ قيس بين الثقة وغيره يدفعها منع الإشتراك في الراوي

---

(١) الوسائل الباب — ٨٠ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ١

(٢) الفقيه ج ٢ ص ١٦٠ الرقم ٥٥٨ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ الحديث — ٣٣ و إيضاح ٩ ص ٢٢٣ وفيه حديث النصف .

للقضايا ، مع أنّ الراوي عنه هنا عاصم بن حميد ، وهو قرينة واضحة على كونه البجلي الثقة ، وأما إبراهيم بن هاشم فهو أجل من أن يوصف بالوثاقة .

وكذا المناقشة في جامع المقاصد في الدلالة بأنّها واقعة عين ، لا عموم فيها بأنّا واضحة الفساد لظهور دلالتها في المطلوب ، بل صراحتها خصوصاً مع ملاحظة تقرير الورثة على دعويهم ، بل هي من النصوص المشتملة على سؤال وجواب قد ترك الإستفصال عنه كما هو محرّر في محلّه ، كلّ ذلك مع تأيدها بما في خبر ابن الحجّاج [1] عن أحدهما عليهما‌السلام «لا وصيّة لمملوك» الّذي يظهر كون المراد منه ما نحن فيه بملاحظة الخبر الآتي في المسألة الثانية باعتبار وقوع نحو ذلك فيه ، ومفروض السؤال أنه قد أوصى له بوصيّة فلا مجال حينئذٍ عن القول ببطلان الوصيّة له .

نعم لو كان قد تحرّر بعضه صحت الوصيّة له بالنسبة .

ولو أوصى للجزء الحرّ منه كان فيه إشكال ، أقواه عدم الصحّة ، لأن المالك من تحرر بعضه ، لا البعض المحرر ، وبذلك وردت الأخبار وجرى عليه كلام الفقهاء الأخيار مع أنه قد يقال : أن المالكيه من الأعراض النفسانيّة ، والمملوكيّة من الأعراض الجسمانية وحصول الأولى للنفس الإنسانيّة كاملا مشروط بانتقال الثانية عن البدن فإذا انتفت عن بعضه ثبت الملك بالنسبة ، وزوال الملك بالموت إنما هو لمدخلية اتصالها بالبدن فيه .

ثمّ أنّ الظاهر من قول المصنّف «ولو أجاز مولاه» راجع إلى الجميع ، ويحتمل الأخير ، ويستفاد حكم غيره بطريق أولى ، والغرض منه الردّ على بعض العامة القائلين بذلك إذا استمرّ رقّه .

وفيه : أن ملك المولى له مع عدم قصد الناقل وعدم معارضته بعين مملوكة له كي يدخل معوضها في ملكه قهراً ، وإن قصد الناقل خلافه – مخالف للضوابط الشرعيّة الّتي منها أن العقود تابعة للقصود ؛ والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف في الظاهر كما اعترف به غير واحد في أنّه

---

(١) الوسائل الباب – ٧٨ – الحديث – ٢ .

﴿ تصحّ ﴾ الوصيّة ﴿ لعبد الموصى ، ولمدبّره ، ومكاتبه ، وأمّ ولده ﴾ في الجملة بل في جامع المقاصد وعن المهذب الإجماع عليه في الجميع ، وعن فخر الدين والصيمري الإجماع في الأول والتذكرة في الأخيرة ، وهو الحجّة بعد النصوص الّتي منها كما قيل الصحيحان :

في أحدهما [1] : رجل أوصى بثلث ماله لمواليه ولمولياته الذكر والأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظّ الانثيين من الوصيّة فوقع عليه‌السلام جائز للميّت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله .

وفي الثاني [2] «رجل أوصى لمواليه وموالي أبيه بثلث ماله ،فلم يبلغ ذلك ، قال : المال لمواليه وسقط موالي أبيه» .

وإن ناقش في الإستدلال بهما في الرياض باشتراك لفظ المولى بين العبد وغيره ، فلعله المراد دون الأوّل ، ولا قرينة ترجح إرادته ، بل لعلّ القرينة على خلافه واضحة لظهورها في اعطاء الثلث للموصى له ، بأن يسلم إليه دون أن يعتق منه بحسابه وقد تدفع بظهور المولى في العبد وخصوصا في المقام ، ولذا أسقط الوصيّة في الثاني «موالي أبيه» .

وأما الإعطاء له فهو وإن كان ظاهر الخبرين ذلك ، إلاّ أنه فسّره غيرهما بالعتق منه بحسابه ، كما ستعرف ، فلا بأس حينئذٍ بحمل ما فيهما عليه ، والأمر في ذلك سهل بعد عدم انحصار الدليل فيهما .

﴿ و ﴾ المراد بصحّة الوصيّة له أنّه ﴿ يعتبر ما أوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث ، فإن كان بقدر قيمته أُعتق ، وكان الموصى به للورثة ، وإن كانت قيمته أقلّ أعطى الفاضل ، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما بقى ﴾ لكن قيده المفيد والشيخ في النهاية بل والقاضي والديلمى على ما حكى عنهما بـ ﴿ ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به ، فإن بلغت ذلك ﴾ كما لو كانت قيمته مائتين والموصى بها له مائة ﴿ بطلت الوصيّة ﴾ أما لو

---

(١) الوسائل الباب — ٦٢ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ١

(٢) الوسائل الباب — ٦٩ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ٣ .

كانت قيمته مائتين مثلا ، والموصى به مائةا وخمسين ، ولكن الثلث ليس إلاّ مائة ، سعى عندهم في قيمة نصفه ، وهومائة كما صرّح به في المسالك نافيا عنه الخلاف ، لعدم كون قيمته ضعف ما أوصى به ، وإن لم يصل ذلك إليه لقصور الثلث .

لكنّه قد يناقش بأن المفروض في المقنعة والنهاية الوصيّة للعبد بالثلث ، بل في السرائر نسبة عبارة النهاية إلى الرواية بل لعلّ وجه اعتبار زيادة الحرّية على النصف بالوصيّة ولو يسيرا ، كي يرجح ما فيه من الحرّية على الآخر ، فيستسعى بخلاف ما إذاكانت قيمته ضعف ما أوصى له فما زاد ، فإنّه لا يقتضي الوصيّة حينئذٍ إلاّ النصف فما دون ، فلا ترجيح ، فيبقى على أصالة عدم صحّة الوصيّة للعبد ، والأصل فيه الرواية الّتي سمعتها عن السرائر ، بل لعلّ ذلك ظاهر المقتنعة أيضاً ، لأنّه ذكر المسألة وغيرها ، ثمّ قال : بهذا جاء الأثر عن آل محمّد عليهم‌السلام .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل والد الصدوق والشيخ في الخلاف والحلبي والحُلِيّ ﴿ تصحّ ﴾ الوصيّة مطلقا ﴿ ويسعى في الباقي كيف كان ﴾ ففي الفرض يسعى في قيمة نصفه أي مائة ويتحرى ﴿ وهوحسن ﴾ بل الأقوى وفاقا لمن عرفت ، بل المشهور بل عن الخلاف الإجماع عليه .

مضافاً إلى اطلاق ما عن فقه الرضا [1] عليه‌السلام بناء على حجيته «فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله ، قوم المملوك قيمة عادلة ، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى في الفضيلة» .

وخبر الحسن بن صالح [2] عن أبي عبد الله عليه‌السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال : فقال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، ثمّ ينظر ما ثلث الميت ، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة ، استسعى العبد في ربع القيمة ، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العيد أعتق العبد ، ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة» بناء على أنّ المراد بقوله «بقدر» إلى آخره المثال لغيره ، لا خصوصة فما دون للإجماع على مساواة الثلث ونحوه ما لم يبلغ النصف في هذا الحكم .

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٠ .

(٢) الوسائل الباب – ٧٩ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ .

ومن ذلك يظهر وجه الإستدلال بالخبر المزبور لكلّ من القولين ، فإن المفيد وأصحابه يجعلونه مثالا لما لم يبلغ النصف من الأقل ممّا تزيد فيه الحرية على النصف لأصالة بطلان الوصيّة للعبد .

والمشهور يجعلونه مثالاً لجميع أفراد الأقل ، ويشهد له الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة ، واطلاق الرضوى وغيرذلك ، كما يشهد للأوّل ما سمعته من المرسلة في السرائر ، وظاهر المقنعة .

ومن الغريب تقرير الكركى وثاني الشهيدين وغيرهما الإستدلال للمفيد بالخبر المزبور بدلالة المفهوم ، على معنى أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع ، لا يستسعى ، وإنّما يتحقّق عدم الإستسعاء من البطلان ، ثمّ اعترضوا عليه بأنّ المفهوم ان لم يكن الثلث أقل من قيمة العبد بقدر الربع ، لا يستسعى في ربع القيمة ، لا أنّه يستسعى مطلقا ، وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم ، فلا ينافي القول بأنّه يستسعى بحسبه فإن كان أقل بقدر الثلث ، يستسعى في الثلث ، أو بقدر النصف يستسعى في النصف وهكذا ، وأيضا لو كان المفهوم الذي ذكروه صحيحاً لزم منه أنّه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى ، بل تبطل الوصيّة ، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف ، أو أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع ، فمن اين خَصُّوا البطلان بما لو كانت القيمة قدر الضعف ، بل قال في المسالك : «ما هذا الأعجب عن مثل هذين الشيخين الجليلين» .

ولا يخفى عليك أن مبنى استدلال المفيد إن كان ، هو ما عرفت من أن الاصل بطلان الوصيّة للعبد ، والمتيقن مما في الرواية كونه مثالا للأقل من النصف ولو بقرينة ما عرفت ، لا المفهوم المزبور الّذي لا يكاد يخفى فساده على أصاغر الطلبة ، و أما المناقشة في سند الخبر ، فيدفعها اتفاق الجميع على العمل به .

بقي الكلام في شيء وهو أنّ الفاضل في المختلف وافق المشهور فيما إذا كانت الوصيّة بجزء مشاع من التركة كالثلث والربع والخمس ونحو ذلك ، فإن العبد حينئذٍ يكون من جملته ، فكأنه قد أوصى بعتق جزء منه ، فيعتق ويسرى في الباقي ، ويدفع عنه من الوصيّة ، لأنّه في القوّة الوصيّة بعتقه ، بخلاف ما لو كانت بجزء معين ، كدار أو بستان ، أو جزء مشاع منه

كنصفها ، فإنه تبطل الوصيّة ، لعموم[١] «لا وصية لمملوك» ولعدم ما سمعته في المشاع ، ولأن تنفيذ الوصيّة بالمعين محال ، لامتناع ملك العبد ، والتخطّي إلى رقبته يقتضي تبديل الوصيّة .

وفيه – مع منافاته لاطلاق الأصحاب كما اعترف به في محكي التذكرة ، بل فيها أن كلمة الأصحاب متفقة على عدم الفرق وكذا عن المهذب بل و اطلاق الخبر المزبور فإن الثلث فيه أعم من المشاع والمعين ، بل لو سلم ارادة الأول كان أعم أيضاً ممّا يشمل ثلث العبد وغيره ، بل قد يدعى أن المنساق من مثله الثاني – أنه ليس ذلك مبنى الصحّة حتّى يختص بالمشاع ، ضرورة عدم صحة الوصيّة أيضاً للعبد بثلثه ، فإنّه غير قابل لأن يملك غيره ، فضلاً عن أن يملك نفسه ، وتنزيله على إرادة عتقه وفكه للسراية بما أوصى له غير ظاهر من الوصيّة ، ولو كان عدم قابلية العبد للملك سبباً لتنزيل الوصيّة على ذلك ، لاتّجه ذلك في عبد الغير أيضا ، فضلا عن الوصيّة لعبده المعيّن .

ومن هنا كان الظاهر أن الحكم المزبور مستفاد من الشارع ، لا أنه مستفاد من الموصى ، بل لا يبعد تنزيله على ذلك حتّى لو علم قصد الموصى غيره ، بل لعلّه هو الظاهر ، ضرورة ظهور عبارته في إرادة تمليكه ما أوصى له به ، لا فكه به وعتقه منه ، ومن ذلك قلنا أن الموافق للضوابط بطلان الوصيّة لولا الأدلة الشرعية التي عرفتها وقد سمعت أن مقتضاها عدم الفرق بين الجزء المشاع والمعين ، ومن الغريب : قول بعضهم أنه ما أمتن تحقيق المختلف ، وأغرب منه عدم عضه في المسالك على ذلك بضرس قاطع ، بل هو ظاهر في التردّدوالوسوسة ، وإن كان قد عدّد ذلك تحقيقاً فلاحظ وتأمل .

وعلى كلّ حال فهل يحتاج إلى صيغة عتق في صورة زيادة الثلث على القيمة كما عساه يشعر به قوله «اعتق» ، أولا ، كما عساه يشعر به قوله في صورة القصور «استسعى العبد في ربع القيمة» بناء على عدم الفرق بينهما بالنسبة إلى ذلك فيكون المراد حينئذٍ من قوله «اعتق» الإنعتاق شرعاً ، وجهان : أحوطهما الأوّل والله هو العالم .

ثمّ ان ظاهر عبارة المصنف وغيرها عدم الفرق فيما ذكره من التقويم بين القنّ و غيره ، أللهمّ

(١) الوسائل الباب – ٧٨ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ .

إلاّ أن يكون ما ذكره بقوله «ويعتبر ما أوصى به لمملوكه» إلى آخره راجعا الى الأوّل ، ولعلّ ذلك متعين ، ضرورة أنه لا وجه لاجراء ما ذكره على المدبّر والمكاتب وأم الولد ، خصوصا بعد ذكره الأخير مستقلاً ، والمدبر غير محتاج إلى اعتاق ، بل ولا إلى ملاحظة مساواة الموصى به لقيمته ، وزيادته وقلّته بحيث يبلغ قيمته الضعف على القول به ، بل هو بمجرد موت السيد يتحرّر ، فإن كان له مال أخذ ما يقابل بل الثلثين عن ثلثه ، وإلاّ سعى في ذلك .

ومن هنا يظهر أنه غير متدرج في الخبر المزبور الّذي هو العمدة في اثبات صحّة الوصيّة للعبد بعد الإجماع كما اعترف به في المسالك .

نعم قد يقال : إنّه أولى من القن الّذي هو موضوع خبر الحسن بن صالح [1] على الظاهر ، مضافاً إلى ما سمعته من الاجماع المحكى ، فتصحّ الوصيّة حينئذٍ له ، وتصرف في فكه أوتعطى له مع فكه من غيرها كما سمعته في القن ، بل لعلّ ذلك أولى ضرورة كونهما وصيّتين له ، فيعتق حينئذٍ من الثلث ، وتدفع الوصيّة له كما في صورة زيادة الموصى به على قيمته ، فإنّه لا إشكال ولا خلاف في دفع الزيادة له .

ولا ينافي ذلك أن المراد بصحة الوصيّة له صرفها في فكه من الرق «لامكـان كون ذلك حيث لا يكون سبب غيرها لحرّيته كالتدبير الّذي هو مع الوصيّة له بمنزلة الوصيّة بعتقه ، ودفع الموصى به له من غير فرق بين تقدمها على التدبير وتأخرها عنه ، وبين كون الوصيّة بالجزء المشاع والمعين ، واحتمال بطلان التدبير فيما لو فرض تأخر الوصيّة عنه وكانت بالجزء المشاع باعتبار أنّها بمنزلة الوصيّة بعتقه الظاهرة في العدول عن التدبير ، وكذا احتمال بطلان الوصيّة له لو فرض تأخر التدبير عنها لنحو ذلك أيضا – واضح الضعف بل الفساد ، ضرورة عدم انحلال ذلك إلى ما سمعت بل لا يبعد تأكد الوصيّة بتدبيره بالوصيّة له بالجزء المشاع .

ولذا قال في القواعد : «لو أوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان ، لعدم قابلية العبد ملك غيره ، فضلاً عن نفسه ، والتدبير حملا للوصيّة على ذلك بتعـذر الحمـل على الحقيقة ،

(١) الوسائل الباب – ٧٩ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ .

وفي جامع المقاصد ان عليه : أي الثاني الفتوى ، وإن قد يناقش في إرادة التدبير الّذي هو انشاء عتق معلق على الموت من ذلك ، اللّهم إلاّ أن يكون حكم التدبير على معنى حصول الحرية بالموت بعد فرض قيام الثلث بقيمته كما في المدبّر والله العالم .

وأما مكاتب السيد فلا ريب في عدم شمول الخبر المزبور له ولعلّه ، ولما عساه يشعر من النصوص السابقة من اعتبار صحة الوصيّة للمكاتب بتحرير بعضه ، حتى في مكاتب الإنسان نفسه ، قد يحتمل بطلان الوصيّة له ، كمكاتب الغير ، لكن لا ريب في ضعفه ، خصوصا بعدما سمعته من الإجماع المحكى ، إذ لو سلّم عدم شمول الخبر له ، فلا ريب في أولويته من القن بذلك ، بل قد عرفت أنَّ جماعة جوَّزوا الوصيّة له إذا كان للغير ، وإن كان قد عرفت ما فيه .

إنّما الكلام في أنَّ إعتاقه كالقنّ باعتبار قيمته ، وقيمة ما أوصى له به ، من غير ملاحظة لما وقعت الكتابة عليه ، زاد ذلك أو نقص ، أو باعتبار ما وقعت الكتابة عليه من غير ملاحظة لقيمته ، ويعطى حينئذ الوصيّة ، ويؤدى منه ما عليه من مال الكتابة على ما حسب ما لو اكتسب ، أو باعتبار أقل الأمرين منهما وجوه ثلاثة ، قد اختار الأخير منها الفاضل في قواعده والمحقق الثاني عملا بكلّ من الدليلين ، فلا يلزم إلاّ بالأقلّ للإجماع على عدم وجوبهما معا ، كالإجماع على عدم التوزيع ، ولكن يقوى في النظر الثاني منها لما عرفت من عدم شمول خبر المقام له ، وإنما صححنا الوصيّة له بالأولوية والكتابة من العقود اللازمة الّتي لا تنفسخ بالموت ، وحينئذٍ ما لها كالدين في ذمته يجب عليه أداؤها ، ولا يقوم مقامها أداء قيمته مما أوصى له بعد فرض عدم شمول الدليل له على أن احتمال الالزام بالأكثر مراعاة لحق الورثة ، مقابل لاحتمال الأقل كما هو واضح والله العالم .

بل قد يقال : إن فحوى ما سمعته في القن يقتضي صرف ما أوصى له في فك رقبته لو كان مشروطاً ولو بعضها ، كما أنّه يقتضي صرف ما قابل الجزء المملوك من المطلق ، الّذي تحرر بعضه في فكه أيضاً ، وإن اعطى ما قابل الجزء الحر من الوصيّة ، ضرورة اندراجه في المملوك الشامل للكلّ والبعض وحينئذٍ فمع فرض تحرره بذلك يخرج عن موضوع الكتابة كما لو اعتقه فتأمل جيّداً والله العالم .

﴿ وإذا أوصى بعتق مملوكه ﴾ ولم يكن عنده سواه ، ﴿ و ﴾ كان ﴿ عليه. دين ﴾ يحيط بقيمته بطلت وصيّته ، وبيع المملوك في الدين ، وإن لم يكن محيطا به ﴿ فـ ﴾ عند جماعة أنّه ﴿ إن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرّتين اعتق المملوك ﴾ لنفوذ وصيّته في ثلثه وهو هنا سدس العبد فإن نصفه للدين ، وثلثاً من النصف الثاني للوارث فيبقى السدس ثلث الموصى ، فإذا انعتق السدس سرى في الجميع ﴿ ويسعى ﴾ العبد حينئذ ﴿ في خمسة أسداس قيمته ﴾ ثلثه منها للدين ، وسدسان منها للورثة ، وكذلك لو كان أزيد من المرتين ، وإن نقص مقدار ما سعى به ، ﴿ وإن كانت قيمته أقل ﴾ من الدين مرّتين أحاط بها أولا ﴿ بطلت الوصيّة بعتقه ﴾ عند الشيخين وابن البراج و غيرهم لما تسمعه من النصوص الواردة في التنجيز الّذي هو كالوصيّة في الحكم ، وغير ذلك ، ولكن مع هذا ﴿ والوجه ﴾ عند المصنّف وجماعة ﴿ أنَّ الدين يقدم على الوصيّة فيبدأ به ﴾ إن كان له تركة غير العبد وإلاّ كان في مقابلة بعض العبد ﴿ ويعتق منه الثلث ممّا فضل عن الدين ﴾ وإن قل ثمّ يسعى للدين والورثة .

قال الحلبي [١] قلت لأبي عبد الله عليه‌السلام رجل قال : إن مت فعبدي حرّ ، وعلى الرجل دين ، فقال : إن توفّي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد ، وإن لم يكن قد أحاط بثمن العبد استسعى في قضاء دين مولاه وهو حر إذا أوفى» و عدم ذكر الورثة فيه للوضوح ، وإلاّ فالمراد سعيه في قضاء دين مولاه أولا ، ثمّ في حقّ الورثة ، وما يقال : من أن الصحيح المزبور في التدبير ، وهو كالعتق المنجّز فلا يستفاد منه حكم الوصيّة ، يدفعه ما دلّ على أنَّ التدبير كالوصيّة بالعتق ، ولا يتوهم من عبارة المتن أنّه لا ينعتق من العبد ما قابل الدين ، بل الذي يعتق منه الثلث مما فضل عن الدين لا غير ، ضرورة منافاته لما دلّ على سراية العتق ، ومن هنا صرّح به في القواعد وغيرها ، بل لا أجد فيه ، خلافاً بين القائلين بذلك ، قال فيها : «ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدّم الدين ، فان فضل من التركة ما يسعه ثلث قيمة العبد عتق ، وإلاّ عتق ما يحتمله ، ويسعى في الباقي ، ولو لم يبق شيء بطلت ، وقيل : إن كانت قيمته

(١) الوسائل الباب — ٣٩ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ٣

ضعف الدين عتق ، وسعى في خمسة أسداس قيمته ، ثلثه للديان ، وسهمان للورثة وإن كانت أقل بطلت» وحينئذٍ فالخلاف في الصورة الثانية لا الأولى . هذا كله في الوصيّة .

﴿ أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرناه أوّلاً ﴾ من السعي في الخمسة اسداس ، لو كانت القيمة بقدر الدَّين مرتين ، والبطلان إذا كانت أقل من ذلك ﴿ عملا برواية عبد الرحمن ﴾ بن الحجاج [1] ﴿ عن أبي عبد الله عليه‌السلام ﴾ «قال : سألني أبو عبد الله عليه‌السلام هل يختلف ابن أبي ليلى وابن شبرمة ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى وترك عليه دينا كثيراً ، وترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت ، فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمة : أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وادفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير ، فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده إلى السماء فقال : سبحان الله يا بن أبي ليلى متى قلت هذا القول ؟ والله ما قلت إلاّ طلب خلافي ، فقال أبو عبد الله عليه‌السلام : وعن رأي أيّهما صدر ؟ قال : قلت : بلغني أنه أخذ برأي ابن أبي ليلى ، وكان له في ذلك هوى ، فباعهم وقضى دينه ، قال : فمع أيّهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال : أما والله أنَّ الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وإن كان قد رجع عنه ، فقلت له : هذا منكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني ، فقلت : أنا أقايسك ؟ فقال : لتقولنّ بأشدّ ما يدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم من دينه ، فقال : بلى ، قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ فقال : ان العبد لا وصية له ، إنما أمواله لمواليه ، فقلت له : فان

[1] الوسائل الباب – ٣٩ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٥

كان قيمة العبد ستّمائة درهم ، ودينه أربعمائة فقال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة درهم ، ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء ، قلت له : كان قيمة العبد ستّمائة درهم ودينه ثلثمائة درهم ، فضحك ؟ وقال : من ههنا أُتي أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنّة ، إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ولم يتّهم الرجل على وصيّته ، وأجيزت وصيّته على وجهها ، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة ، ويكون له السدس» .

وصحيح زرارة[1] عن أحدهما عليهما‌السلام «في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين فقال : إن كان قيمته مثل الّذي عليه ومثله جاز عتقه ، وإلاّ لم يجز» وفي صحيح آخر[2] «إذا ملك المملوك سدسه استسعى» إلى غير ذلك من النصوص الّتي لا محيص عن العمل بها ، بعد جمعها لشرائط الحجية من حيث السند والدلالة والعمل ، فلا بأس حينئذٍ بتخصيص العمومات بها ، ولو كانت قطعية ، ودعوى أعراض المشهور عنها ممنوعة على مدعيها ، فما وقع من الفاضل — وغيره من طرحها والرجوع إلى ما تقتضيه القواعد العامة من نفوذ العتق في ثلث الزائد عن الدين مطلقاً — واضح الضعف وأضعف منه ما عن الحليّ من نفوذ العتق من الأصل ، وسقوط الدين من رأس ، ولعلّه مبنى على كون المنجّز من الأصل الّذي قد عرفت ضعفه في كتاب الحجر ، إنّما الكلام هنا في الحاق الوصيّة بالعتق المنجز في الحكم المزبور ، وقد عرفت من جماعة إلحاقه ، بل حكى عن جميع العاملين بالنصوص المزبورة في العتق عدا المصنّف ، ولعله لاطلاق الصحيح الأخير ، ومعلومية اتحاد المنجز مع الوصيّة ، بناء على خروجها من الثلث — في أكثر الأحكام ، بل ربما احتمل عموم «أعتقهم» لهما معا ، أو اختصاصها بالوصيّة خصوصا بعد قوله في الذيل «لم يتهم الرجل على وصيّته وأجيزت وصيّته على وجهها» ومع الإغضاء عن ذلك ، فلا ريب في ظهور سياقها فيه ، مضافا إلى أولويتها من المنجز بالحكم المزبور ، ضرورة كونه أقوى منها ، حتى قيل : إنه من الأصل بخلافها ، ومع ذلك بطل إذا انقص عن مقابلة الدين مرّتين ، فهو أولى منه قطعا ومن ذلك وغيره يتّجه

(١ و٢) الوسائل الباب — ٣٩ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ٦ — ١ .

تخصيص العمومات ، وصحيح التدبير السابق بذلك ، على أنه قد احتمل حمله على التقيّه ، لأنه مذهب العامة في تلك الأزمنة ، كما يستفاد من سياق تلك الصحيحة والله العالم .

﴿ ولو أوصى لمكاتب غيره المطلق و ﴾ كان ﴿ قد أدى بعض مكاتبه كان له من الوصيّة بمقدار ما أدّاه ﴾ لأنّها تصحّ له على قدر ما تحرّر منه ، إن نصفا فنصف ، وإن ثلثا فثلث ، كما عرفت الكلام فيه سابقا ، وفيما لو أوصى للجزء الحرّ منه أيضا فلاحظ وتأمل .

لكن لو قلنا بصحّة الوصيّة للجزء الحرّ فهل تكون أيضا على نسبته أو يملك الكلّ به ؟ وجهان ، أقواهما الثاني ، والله العالم .

﴿ ولو أوصى الإنسان لأمّ ولده ، صحت الوصيّة من الثلث ﴾ بلا خلاف ، كما اعترف به غير واحد ، ولا إشكال ﴿ و ﴾ إنما الكلام في أنّها ﴿ هل تعتق من الوصية ﴾ إذا وفت بقيمتها ﴿ أو من نصيب ولدها ﴾ أو على التخيير بينهما ، أو من ثلث الميّت غير ما أوصى به .

﴿ قيل : ﴾ والقائل جماعة منهم الكركي في جامعه ﴿ تعتق من نصيب ولدها وتكون لها الوصية ، وقيل : ﴾ والقائل أيضا جماعة المصنّف في باب الاستيلاد ﴿ بل تعتق من الوصيّة ﴾ بل عن المهذّب نسبته للشهرة ﴿ لأنه لا ميراث إلاّ بعد الوصيّة ﴾ وفي الرياض أنه وسابقه قولان مشهوران ، وفي غيره متكافئتان ، وقيل : والقائل الصدوق فيما حكى عنه ، تعتق من ثلث الميّت وتعطى ما أوصى لها به ، وقيل : والقائل الاسكافي تخيّر عتقها بينهما ، عملا بكلّ من الدليلين ، بعد الإجماع على عدم التوزيع بينهما ، والأقوى في النظر منها الثاني ، لعموم ما دلّ عليه من النص وغيره ، مضافاً إلى قاعدة انعتاق الأبوين بحصول سبب ملك الولد لها ، ولا ريب في تحقّقه هنا باعتبار ملك الوارث للتركة بموت الموروث ، وهي من التركة قطعاً ، حتّى لو قلنا بكون الثلث الموصى به على حكم مال الميّت ، ولا يدخل في ملك الوارث إلاّ الثلثان ، ضرورة كونها منهما دونه ، ومجرد الوصيّة لها لا يخرجها عن ذلك .

واحتمال تنزيلها منزلة ما أوصى بعتقها فتكون منه دونهما .

يدفعه منع ذلك أولاً .

وثانياً : أنه لا يجدي فيما لو فرض زيادة قيمتها على ما اوصى به لها ، فانّه لا اشكال حينئذٍ في كون الزايد تركة للورثة ، فيدخل جزء منها في ملك الولد ، وينعتق عليه ، ويسرى في الغير ، ويتم ذلك بعدم القول بالفصل ، مضافاً إلى اطلاق النصوص جعلها في نصيب ولدها .

واحتمال دفع قيمتها مما أوصى به لها وإن انعتقت على الوَلد بملك جزء منها وجعل الباقي في نصيبه .

يدفعه أيضاً معلوميّة اقتضاء جعلها في نصيب ولدها الانعتاق على الولد ، وأنّ الغرامة عليه .

وبذلك كلّه يظهر لك ضعف الأقوال جميعها ، وان شهد للثالث منها المرسل عن أبي الحسن الرضا عليه‌السلام [1] «في أمّ الولد إذا مات عنها مولاها ، وقد أوصى لها ، قال : تعتق من الثلث ولها الوصيّة» .

وصحيح أبي عبيدة [2] المروى في الكافي وغيره قال : «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل كانت له أمّ ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفى درهم أو أكثر ، للورثة أن يسترقّوها ؟ قال : فقال : لا ، بل تعتق من ثلث الميّت وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به ، وفي كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها ، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به» .

وكأنّ المراد أنّه قد روى الخبر المزبور في كتاب العباس على هذا النحو ، وحينئذٍ يكون نصّاً في المختار ، بخلافه على النحو الأوّل ، فانه يكون مهجوراً معرضاً عنه بين الأصحاب ، بل لم أجد عاملاً به عدا ما يحكى عن الصدوق ، بل عن التنقيح الاجماع على عدم العمل به ؟ مع أنه محتمل لأمّ الولد التى قد مات ولدها ، كما فى خبر أحمد بن محمّد بن أبي نصر [3] عن أبي الحسن عليه‌السلام «قال : نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه‌السلام : فلان مولاك توفّى ابن أخ له ، وترك أم ولد له ليس لها ولد ، فأوصى لها بألف درهم هل تجوز الوصيّة ؟ وهل يقع عليها عتق ، وما حالها ؟ رأيك فدتك نفسى ، فكتب عليه‌السلام تعتق من الثلث ، ولها

(١ و ٢) الوسائل الباب — ٨٢ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث — ٣ — ٤ .

(٣) الوسائل الباب —٨٢— من أبواب أحكام الوصايا الحديث —١ .

الوصيّة » وإن كان هو على هذا التقدير محتاجاً إلى التأويل ، لما عرفته من حكم الوصيّة للمملوك الّذي منه أُم الولد ، مع فرض موت ولدها ، في حياة سيّدها قطعاً ، فلا بدّ من تأويله بارادة العتق من الوصيّة بالعتق من الثلث ، وتعطى ما فضل منها على تقدير الزيادة ، أو بارادة عتقها في مرض الموت ، ثمّ أوصى لها ، أو بغير ذلك هذا .

وفي الرياض بعد أن ذكر الرواية مستدلاً بها للقول الثالث ثم حكى الاجماع على الاعراض عنها ، وأنّه لا بدّ من تأويلها بأحد الأمرين ، قال : لكن يرجح حملها على الأوّل ، دلالة مقابلتها برواية العباس التى هى فى آخرها مذكورة ، على كون موردهما واحداً ، ولا ريب في أنه في الثانية هو ام الولد الّتي لم تعتق بالكلّية ، فلتكن مورد الاولى أيضاً تلك الجارية ، مضافاً إلى شيوع اطلاق الثلث على الوصيّة ، مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأوّل من انعتاقها من الثلث ، وهذا ان لن نقل بكونه ظاهراً من الرواية ليس ببعيد ، كبعد الحمل الآخر بلا شبهة ، فيمكن بملاحظة الاجماع وقرينة المقابلة أخذها للقول بالانعتاق من الوصيّة حجّة ، كما هو ظاهر التنقيح وصريح الكفاية ، فإذا هو في غاية القوّة » .

قلت : قد عرفت أنّه في غاية الضعف ، والخبر بعد تسليم ما ذكره فيه من المأوّل الّذى لا يكون حجّة ، والمقابلة الّتي ذكرها هي ليست في الخبر ، حتّى تصلح لأن تكون قرينة ، بل هي من الكافي ، لا أنّها كذلك في الخبر نفسه ، كما هو واضح .

نعم ما في كتاب العبّاس على ما عرفت دليل تام على المطلوب ، وأما التخيير ففيه أنّه لا وجه له فيما كان من القهريات ، فإن الانعتاق القهري الذي يكون على الولد لا وجه للتخيير فيه ، بل وكذا على تقدير الانعتاق من الوصية ، بناء على أنه مثل الانعتاق من الولد ، بمعنى ينعتق منها ما قابل الموصى به بموت الموصى من غير حاجة إلى صيغة ، وإن كان هو مشكلا لعدم دليل يصلح لذلك والله العالم.

﴿ واطلاق الوصيّة ﴾ لجماعة محصورة ﴿ يقتضى التسوية ﴾ ما بينهم من غير فرق بين الغريب والبعيد ، والذكر والانثى ، والفاضل في الارث وغيره ، بلا خلاف ولا اشكال للتساوى في سبب الملك ، فهم كالمشتركين في الحيازة مثلاً ، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الموصى في ذلك .

نعم يعتبر فيه عدم قصد الخلاف فالتسوية المزبورة حينئذٍ شرعية ، واحتمال بطلان الوصيّة -لعدم قصد الموصى تشخيص الملك للموصى له ، يدفعه أنّه خلاف مقتضى عموم الكتاب والسنة ، ومقعد الاجماع مضافاً الى خصوص الفتوى به هنا على وجه لم يظهر فيه خلاف .

نعم لو لم تكن الجماعة محصورة كان المراد من الوصيّة الصرف فيهم ، كما فى كلّ موصى له غير محصور ، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظة أقلّ مصداقه فى الامتثال ، وإن كان هو الأحوط .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وأُناث ، فهم فيه سواء ، وكذا لأخواله وخالاته ، أو لأعمامه وعماته ، وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه ، كانوا سواء على الأصحّ ﴾ لما عرفت ، خلافاً للمحكى عن الشيخ وجماعة ، وإن لم أتحقق ذلك فكالارث ، ولا ريب فى ضعفه ، بل عن ظاهر التذكرة الاجماع على خلافه ، ﴿ و ﴾ إن كان ﴿ فيه رواية ﴾ صحيحة لكنّها ﴿ مهجورة ﴾ وهى صحيحة زرارة[1] عن الباقر عليه‌السلام «فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه وأخواله فقال : لأعمامه الثلثان ، ولأخواله الثلث » وقد حملت أيضاً على ما لو أوصى بذلك على كتاب الله ، وكذا الخبر الآخر[2] الضعيف المقتضى لقسمة الوصيّة للاولاد بين الذكور والاناث على كتاب الله » وفى المسالك لم يعمل به أحد ، هذا كلّه إذا أطلق فى الوصيّة .

﴿ أما اذا نصّ على التفضيل اتبع ﴾ لعموم من بدّله ، وما دلّ على انفاذ الوصيّة على حسب ما أوصى به الموصى ﴿ وإذا أوصى لذوى قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيراً إلى العرف ﴾ كما هو الضابط فى كلّ لفظ :

قال محمّد بن أبي نصر[3] . «نسخت من كتاب بخط أبي الحسن عليه‌السلام رجل أوصى لقرابته بألف درهم ، وله قرابة من قبل أبيه وأمه ، ما حدُّ القرابة يعطى من كان بينه وبينه قرابة ،

(١) الوسائل الباب -٦٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .
(٢) الوسائل الباب -٦٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -٢ .
(٣) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ .

أولها حدّ ينتهي إليه ؟ فرأيك فدتك نفسي ، فكتب عليه‌السلام إن لم يسمّ اعطاها قرابته » وكذا عن الحميري إلاّ أنّه قال : « اعطي أهل بيت قرابته » من غير فرق بين الوارث وغيره ، والمسلم والكافر ، والذكر والانثى ، والفقير والغنى ، كما أنّه لا فرق في انصراف الوصيّة إلى الموجود منهم ، سواء اتحد أو تعدد ، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الأفراد .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ على ما حكى عنه ﴿ كان ﴾ أى الموصى به ﴿ لمن يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ﴾ بمعنى الارتقاء بالقرابة من الأدنى إليه إلى ما قبله ، وهكذا إلى أبعد جدّ في الإسلام وفروعه ، ويحكم للجميع بالقرابة ، ولا يرتقى إلى آباء الشرك ، وان عرفوا بقرابة عرفاً ، وهو عجيب .

وأعجب منه الاستدلال له بقوله عليه‌السلام [1] « قطع الإسلام أرحام الجاهلية » وقوله تعالى [2] لنوح عن ابنه « إنّه ليس من أهلك » .

وهما كما ترى لا يدلأن على تمام المطلوب ، بل ولا على شيء منه ، ضرورة كون المدار هنا على صدق اللفظ ، ولا ريب فيه لغة وعرفاً على المعروفين بنسبه ، وإن كانوا كفاراً ، إلاّ أن تكون هناك قرينة على ارادة المسلم نحو ما ذكروه في الفقراء ، كما أنّه لا ريب في عدم صدقه على البعيد ، بحيث لا يعرف بنسبه وإن كان مسلماً ومن هنا قال المصنّف : ﴿ وهو غير مستند إلى شاهد ﴾ .

وأما ما يحكى عن الاسكافي من أنّي لا اختار ان يتجاوز بالتفرقة ولد الأب الرابع ، لأن رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله لم يتجاوزه في تفرقة سهم ذوى القربى من الخمس .

فقد يدفعه العرف أيضاً وفعل النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله لا يدّل على نفي القرابة مطلقاً عمّا عداه ، فإن ذلك معنى آخر للقرابة ، وأضعف منه القول باختصاص القرابة بالوارث ، دون غيره ، والقول باختصاصها بالمحرم من ذوى الأرحام دون غيرهم ، كبني الاعمام والاخوال ، مع أنّها

---

(١) ما عثرنا على هذه الرواية بعد الفحص في مظانها من كتب الخاصة والعامة .

(٢) سورة هود الآية ٤٦ .

مجهولا القائلين والله العالم .

﴿ ولو أوصى لقومه قيل : ﴾ والقائل الشيخان وأكثر الأصحاب في المسالك والمشهور في غيرها ﴿ هو لـ ﴾ ـلذكور من ﴿ أهل لغته ﴾ أو مطلقا ذكوراً واناثاً ، وهو كما ترى يشهد العرف بخلافه ، ولعلّه لذلك نسبه المصنّف إلى القيل ، بل عن ابن ادريس انّهم الرجال من قبيلته ممن ينطق العرف بأنّهم أهله وعشيرته دون من سواهم ، وعليه قول لشاعر :

قَوْمِي هُمُ قَتَلُوا أُمَيْمَ أخِي فإذا رَمَيْتُ يُصِيبُنِي سَهْمِي

ولا بأس به وإن سلمنا كونه في اللغة كما ذكروه ، والله العالم .

﴿ ولو قال : لأهل بيته ، دخل فيهم الآباء والاولاد ﴾ وإن نزلوا ﴿ والاجداد ﴾ وإن علوا قطعا ، بل الظاهر دخول الأعمام وأولادهم ، بل عن تذكرة الفاضل تفسيره بالقرابة التي يدخل فيها الأخوال وفروعهم ، وحكى عن ثعلب أنه قال : أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم ، كالاجداد والاعمام وأولادهم ويستوى فيه الذكور والاناث ، وفي المسالك «ما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال ، يقال : الفلانيون أهل البيت في النسب معروفون ، وعليه جرى قوله[1] عليه‌السلام إنا أهل البيت لا تحلّ لنا الصدقة ، قلت : هو جيّد ، لكن قد يمنع شموله للاخوال والخالات وفروعهم ، ونعم ما سمعته من ثعلب ، كما أنّه لا اشكال في عدم كونه ما في المتن خاصّة ، وإلاّ لخرج أمير المؤمنين عليه‌السلام عن أهل بيت النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله وهو باطل اجماعاً ، كما في المسالك .

وعلى كلّ حال فالأقوى الرجوع الى عرف بلد الموصى ، ومع انتفائه يدخل كلّ قريب ، وأما أهل بيت النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله فانّهم أخص من ذلك ، بالرواية[2] الواردة عنه في حصرهم في أهل الكساء ، والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب المستحقين للزكاة الحديث -٦

(٢) تفسير برهان ج ٣ . ص ٣١٩ .

﴿ ولو قال لعشيرته ، كان لأقرب الناس إليه في نسبه ﴾ عند جماعة من الأصحاب في محكي القاموس : عشيرة الرجل بنو أبيه الأدنون ، وعن الفاضل ان العشيرة هي القرابة مطلقاً وفي المسالك « الاجود الرجوع إلى العرف ، ومع انتقاله فالعموم حسن » قلت : لكن الظاهر تحقق العرف في القبيلة ، لا خصوص الأقرب ، ولا مطلق القرابة ، والله العالم.

﴿ ولو قال لجيرانه ﴾ كان للقريبين منه ، وفي المتن ﴿ قيل : كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كلّ جانب ، وفيه قول آخر مستبعد ﴾ وهو يلي داره إلى أربعين داراً ، وإن كان فيه روايات من الطريقين[1] إلاّ أنه مخالف للعرف ، كما أنّ التحديد بالإربعين ذراعاً لم نقف له على شاهد ، فالأولى جعل المدار على العرف والمشكوك فيه خارج ، وتمام البحث في ذلك مرّ في باب الوقف.

﴿ وتصحّ الوصيّة للحمل الموجود ﴾ حال الوصيّة ، وإن لم يكن قد حلّته الحياة بلا خلاف أجده فيه ، لعموم ما دلّ على جوازها ﴿ و ﴾ لكن لا ﴿ تستقرّ ﴾ إلاّ ﴿ بانفصاله حيا ﴾ كالارث ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لو وضعته ميتا بطلت الوصيّة ﴾ بمعنى ظهور بطلانها ، وإن كان قد حلّته الحياة في بطن أُمّه ، كظهور الصحّة لو انفصل حيا ، فالنماء المتخلّل يتبع العين في ذلك.

﴿ ولو وقع حيا ثم مات ﴾ استقرت و ﴿ كانت الوصيّة لورثته ﴾ لكن في المسالك يعتبر هنا قبول الوارث ، لامكانه في حقه ، وانما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره ، كما سقط اعتباره للحمل مطلقا ، فيقبله وليه ابتداء ، ووارثه هنا ، وتظهر الفائدة ، فيما لو ردّها الوارث قبل قبوله ، فإن اعتبرناه بطلت ، وإلاّ فلا أثر للردّ ».

والذى يقوى في النظر عدم الاحتياج إلى القبول في الوصيّة للحمل ، بل الظاهر عدم الولى له وهو حمل ، بحيث يقبل عنه الهبة والبيع وغيرهما ، خصوصاً قبل ولوج الروح ، واحتمال كون المراد قبول وليه بعد الولادة ، يدفعه أنّه خلاف ظاهر الفتاوى المتضمّنة استقرار الوصيّة

(١) الوسائل الباب — ٩٠ — من أبواب أحكام العشرة ، المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٥٦.

بانفصاله حيا ، وحينئذٍ فلا يحتاج وارثه إلى قبول ، ضرورة كون ملكه بالارث للحمل لا بالوصيّة والله العالم .

﴿ ولو أوصى المسلم للفقراء ﴾ مثلاً ﴿ كان لفقراءِ ملته ﴾ عرفاً في الوصيّة ونحوها وإن كان اللفظ للاعم من ذلك لغة وعرفاً في غيرها ﴿ ولو كان ﴾ الموصى ﴿ كافراً انصرفت إلى فقراء نحلته ﴾ لذلك أيضاً .

قال أبو طالب عبد الله بن الصلت[1] : «كتب الخليل بن هاشم إلى ذى الرياستين وهو والي نيسابور أنَّ رجلاً من المجوس مات ، وأوصى للفقراء بشيء من ماله ، فأخذه قاضى نيسابور فجعله فى فقراء المسلمين ، فكتب الخليل إلى ذى الرياستين بذلك فسأل المأمون عن ذلك فقال : ليس عندى فى هذا شيء فسأل أبا الحسن عليه‌السلام فقال أبو الحسن عليه‌السلام : ان المجوسى لم يوص لفقراء المسلمين ، ولكن ينبغى أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة ، فيرد على فقراء المجوس» ونحوه غيره ، بل لا يبعد تنزيل اللفظ على خصوص المذهب ، فالإمامي من المسلمين لفقراءِ الإماميّة ، وهكذا .

بقي شيء ينبغى التنبيه عليه ، وهو أنّه قد عرفت عدم صحة الوصيّة للمعدوم ، والمنساق منه معدوم الذات ، وهل مثله معدوم الوصف ؟ بمعنى عدم تلبسه بالوصف حال الوصف ، ثمّ تجدد له ذلك فى حياة الموصى أو بعده ، يحتمل ذلك ، فلا يعطى الفقير بعد الوصيّة ولا الجار كذلك ولا غيرهم ؟ وجهان : أقواهما الصحة ، مع إرادة العنوان لعموم «من بدّله[2]» وغيره ، والله العالم .

﴿ ولو أوصى لانسان ، فمات قبل الموصى ، قيل بطلت الوصيّة ، وقيل : ان رجع الموصى بطلت الوصيّة ، سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده ، وإن لم يرجع كانت الوصيّة لورثة الموصى له ، وهو أشهر الروايتين ﴾ بل هو المختار كما عرفته سابقاً .

---

(١) الوسائل الباب – ٣٤ – من أبواب أحكام الوصايا .
(٢) الوسائل الباب – ٣٢ – من أبواب أحكام الوصايا .

نعم في المسالك «والفرق بين هذه وبين السابقة ، أن السابقة تضمنت كون وارث الموصى له يرث القبول ، لو مات الموصى له قبله ، وليس فيها تعرض لملك الموصى به ، وعدمه والغرض من هذه بيان أن الموصى له ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه ، ان لم يرجع الموصى عن الوصيّة ، على خلاف فيه ، سواء كان مورثه قد قبل الوصيّة قبل موت الموصى أم لا ؟ فلو فرض أنه قبل الوصيّة في حياة الموصى ، ثمّ مات في حياته واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصى ، لم يفتقر وارثه إلى القبول ، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصيّة وعدمه ، وهو المقصود بالبحث هنا ، وإن لم يكن قد قبل ، انتقل إلى الوارث حق القبول ، وهو المستفاد من السابقة ، ومعه يملك الموصى به على الخلاف ، وهو المذكور هنا » لكن قد عرفت هناك ما يعرف منه التحقيق فيما هنا أيضاً فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو لم يخلف الموصى له أحدا رجعت ﴾ الوصيّة ﴿ إلى ورثة الموصى ﴾ عند جماعة من الأصحاب ، كما تقدم أيضاً تحقيق ذلك كلّه ، حتّى في قيام الوارث العام كالوارث الخاص وعدمه ، سيما إذا مات الموصى له بعد القبول قبل الموصى ، وقلنا باعتبار قبوله حال الحياة ، فان المتّجه انتقال الموصى به إليه ، فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو قال : اعطوا فلانا كذا ولم يبين الوجه ، وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء ﴾ لأن الوصيّة تقتضي تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من الملاّك على أملاكهم كما أنّه لو عين الصرف في جهة خاصّة ، فقال : اعطوه كذا لبناء مسجد مثلا ، تعين عليه صرفه فيها ، للنهي عن تبديل الوصيّة ، فلو صرفه في غيرها ضمن ، ولزمه اعطاء عوضه وصرفه في الوجه المعين .

﴿ ولو أوصى في سبيل الله ، صرف إلى ما فيه أجر ، وقيل : يختص بالغزاة ، والأوّل أشبه ﴾ وان كان الثاني أحوط بين ذلك في باب الزكاة ، ولو أوصى بثلثه ولم يبين الوجه صرف في وجوه البّر .

﴿ وتستحب الوصيّة لذوى القرابة وارثاً كان أو غيره ﴾ بلا خلاف فيه عندنا نصاً

وفتوى بل في خبر السكوني (١) عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليه‌السلام « من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية » وقالت : سالمة مولاة أبي عبد الله صلى‌الله‌عليه‌وآله (٢) « كنت عند أبي عبد الله عليه‌السلام حين حضرته الوفاة فأغمي عليه ، فلمّا أفاق قال أعطوا الحسن بن علي بن الحسين وهو الأفطس سبعين ديناراً ، وأعطوا فلانا كذا وكذا ، وفلانا كذا وكذا ، فقلت : اتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة يريد أن يقتلك ، فقال : تريدين أن لا أكون من الّذين قال الله عزّ وجلّ : « الّذين يصلون ما أمر الله به أن يوصل » الآية . نعم يا سالمة أنّ الله تبارك وتعالى خلق الجنّة ، وطيّبها وطيّب ريحها ، وان ريحها ليوجد من مسيرة ألفي عام ، ولا يجد ريحها عاق ولا قاطع رحم » إلى غير ذلك من النصوص .

﴿ وإذا أوصى للاقرب نزل على مراتب الارث ﴾ بالنسب بمعنى تقديم المرتبة الأولى على الثانية ، وتقديمها على الثالثة ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب ﴾ لا أن المراد التنزيل في كيفيّة الاستحقاق ، لما عرفت من أن الوصيّة يتساوى فيها الذكر والانثى ، والمتقرب بالابوين والمتقرب بالام ، والظاهر أنّ من الابعد هنا ابن العم ولو للاب والأمّ فلا يعطى مع وجود العم ولو لأب ، وإن قدم عليه في الارث لدليل خاص ، أما الاخ من الأب ففي المسالك ان الأقوى تقديم الاخ من الابوين عليه كما في الارث .

قلت : قد يحتمل تساويهما ، وخروج الارث بالدليل ، ولو كان التقرب بالسببين محققاً للأقربية عرفاً لاقتضاها بالنسبة إلى المتقرب بالأمّ خاصّة .

الفصل ﴿ الخامس : في الأوصياء ﴾

جمع وصيّ من الوصاية بكسر الوار وفتحها ، وهي الولاية على اخراج حق أو استيفائه أو على طفل أو مجنون ، يملك الوصيُّ الولاية عليه بالاصالة كالاب والجد ، أو بالعرض كالوصي المأذون له في الايصاء ، وهو معنى ما في القواعد من أن الوصيّة بالولاية استنابة بعد الموت في التصرف فيما كان له التصرّف فيه من قضاء ديونه واستيفائها ، وردّ الودائع واسترجاعها ،

(١ و ٢) الوسائل الباب -٨٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ - ١ .

والولاية على أولاده الّذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ، والنظر فى أموالهم ، والتصرّف فيها بما لهم الحظّ فيه ، وتفريق الحقوق الواجبة ، والمتبرع بها ،بل لعلّ تعريفها بالولاية أولى من الاستنابة باعتبار كونها كذلك بعد الموت ، لا أنّها نيابة عن الميّت الّذي بموته تنقطع ولايته ، وإن كان هو قد نصبه ولياً .

وعلى كلّ حال ففى القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها –بل فى الحدائق الظاهر اتّفاقهم عليه– أنّها عقد ، وفيه : أن العقد كما عرفته فى محلّه ما اعتبر فيه الايجاب والقبول ، والمشهور كما تعرفه أن المعتبر فى لزوم الوصيّة ، عدمُ الرد الّذي يبلغ الموصى ، وهو أعم من القبول ، بل يتحقق بالرد وعدم القبول إذا لم يبلغ الموصى ، وهو مناف لدعوى العقدية المزبورة .

نعم قد تكون بصورة العقد ، كما لو أوصى الموصى ، فقال الوصى قبلت : وليس ذلك كافياً فى العقد ، ضـرورة كونه اسماً لما اعتبر فيه القبول على جهة الجزئية ، ولقد أجاد فى الدروس حيث أنّه بعد أن ذكر جواز تأخر قبولها عن ايجابها كفاية الفعل فيه ، قال : وعلى ما قلناه من اللزوم بالموت وعدم الردّ ، فلا عبرة بقبول الوصىّ وعدمه بل العبرة بعدم الردّ الذى يبلغ الموصى ، فإن حصل والا التزم ، وبذلك ظهر لك الفرق بين الوصية والوصاية ، فإن الاولى ، وإن لم تحتج إلى قبول فى بعض أفرادها كالوصيّة للجهات العامة بناء على عدم احتياج القبول فيها ، لكن حيث يحتاج إلى القبول فيها كالوصيّة للمخصوص يكون معتبراً فيها بحيث إذا لم يحصل يقع باطلاً ، بخلاف الوصاية ، فإن عدم القبول لا يبطلها ، إلاّ إذا كان بردّ لها على وجه يبلغ الموصى ، كما هو واضح .

ثم ان صيغة الوصاية أوصيت إليك ،أو فوضت أو جعلتك وصيّاً ، أو أقمتك مقامى فى أمر أولادى ، أو حفظ ما لهم والتصرف فيه ، أو كذا أو كذا ، أو ولّيتك كذا بعد موتى ، أو جعلتك ولياً بعد الموت ،أو نحو ذلك من الألفاظ الّتى تفيد توليته على ما يريدها عليه عموما أو خصوصاً .

أما لو قال أنت وصيّي مثلاً واقتصر ، وقع لغواً لعدم ظهور المتعلق منه ، وعمومه

كخصوصه بالنسبة إلى التقدير ، ومطلق الوصايا لا تجدى من دون ذكر المتعلق بخلاف الاوامر، بـل وبخلاف نحو « أحلّ الله البيع » ونحوه ضرورة كون المقام كالاخبار وكما قال : وكلتك ، وعن التذكرة التصريح به ، بل عن فخر المحققين عدم الخلاف في ذلك .

والتحقيق ما فى الدروس من أنّه إن كان هناك قرينة حال حمل عليه ، وإلاّ أمكن البطلان ، ويحتمل التصرف فيما لا بدّ منه كحفظ المال ، ومؤنة اليتيم » قلت ، : لا بأس بالاحتمال المزبور مع فرض تيقن إرادته من اللفظ المزبور أو ظهوره مع الشك فى غيره ، وإلاّ فاللاّبديّة أعمّ من الوصاية به ، ولو قال : أوصيت إليك أو أقمتك مقامى فى أمر أولادى ، ولم يذكر التصرف ، فالظاهر تنزيله على التصرف ، لأنّه المفهوم عرفاً خصوصاً عند من يرى أن المفرد المضاف يفيد العموم ، لكن عن التذكرة أنّ فيه احتمالين ، هذا أحدهما ، والثانى عدم التصرّف الاّ فى الحفظ ، لأنّه المتيقن دون غيره ،وهو كما ترى ، ضرورة ارادة التصرف منه عرفا .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يعتبر فى الوصى العقل والإسلام ﴾ فلا يصح الايصاء إلى مجنون مطبقا أو أدواراً ، لعدم صحّة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة ، فضلاً عن الوصاية الّتي هى أعظم منها ، لأنّها إحداث ولاية ومنصب يقصر المجنون عنها قطعاً ، لكونه مولّى عليه ، بل لو طرأ الجنون على الوصى بطلت ،وصيته في وجه ، وإن كان تسمع في المسائل إن شاء الله تعالى أن الاقوى خلافه ، وفى دعائم الاسلام[1] عن علي عليه‌السلام «لا يزيل الوصى عن الوصيّة ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانة أو ترك سنة ، والسلطان وصيّ من لا وصى له والناظر لمن لا ناظر له » بل الظاهر عدم عودها لو عاد العقل ، أن كان على وجه الفسخ كما فى العقد الجائز – وفاقاً للفاضل للأصل ، وعدم مقتض لعودها ، وأن تردد فيه فى الدروس ، وتسمع إن شاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك ، في المسائل .

نعم لو صرح الموصى بذلك أمكن القول بالصحة لعموم ادلة الوصيّة ووجوب انفاذها على حسب ما أوصى ، ومن هنا قال فى الدروس : الأقرب صحّة الإيصاء لمن يعتوره الجنون

---

(١) الدعائم ج ٢ ص ٣٦٣ .

ادوارا ، ويحمل على أوقات الافاقة ، ثمّ قال : والفرق بينه وبين الأوّل : أى من طرأ له الجنون ، انصراف الوصيّة فى ابتدائها ؛ أى فى الادواريّ إلى أوقات إفاقته ، وفى غيرها إلى دوام عقله الّذي لم يدم ، ولو قلنا بعود ولاية الأوّل فلا اشكال » .

قلت : قد يقال بصحّة الايصاء إلى المجنون حال جنونه ، معلقاً ذلك على حصول الافاقة له ان حصلت ، منضماً إلى الوصاية إلى بالغ مستقل فى التصرف ، أو غير منضم ، على اشكال ينشأ من عموم الأدلة ، ومن كون المتيقن منها الاذن في نصب غير ذلك ، على أن تعليق تأثير السبب على غير الشرط الشرعى مخالف للضوابط الشرعية ، والظاهر ما دل على التسبيب ، وسيأتي لذلك نظائر إن شاء الله تعالى كما أنّه يأتي البحث على ما يتفرع على الشرط الثاني عند تعرض المصنّف له .

﴿ و ﴾ إنّما الكلام هنا فى أنّه ﴿ هل يعتبر العدالة ﴾ فى الوصى ﴿ قيل : ﴾ والقائل جماعة ، بل هوالمشهور ﴿ نعم ﴾ بل فى الغنية الاجماع عليه ﴿ لأنّ الفاسق لا أمانة له ﴾ لوجوب التثبيت عند خبره[1] ، وظالم لا يركن إليه[2] ، ولأولويتها من وكيل الوكيل المجبور بنظر الموكلين ، الّذي قد اعتبر فيه العدالة ، وولايتها قد تكون ولاية على طفل ، أو على أداء حق واجب ، أو نحو ذلك ممّا لا ينبغي فيه ائتمان غير العدل ، ولأن الوصاية اثبات الولاية بعد الموت الّذي به ترتفع ولاية الموصى ويصير التصرّف متعلقاً بحق غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير وغيرهم ، فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل ، ووكيل الحاكم على مثل هذه المصالح ، ومن هنا كان رضى الموصي بالفاسق غير معتدّ به ، كما أن منه يعلم الفرق بين الوصاية والوكالة ، والاستيداع المتعلّقين بحق الموكّل والمودع المسلطين شرعاً على اتلاف مـالهما ، فضلاً عن تسليط غير العدل عليه ، والموصى إنّما يسلط على حق الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً ، مع أنا نمنع عدم اشتراط العدالة فى الودعيّ والوكيل اذا كانا على مثل ذلك .

---

(١) سورة الحجرات الآية — ٦

(٢) سورة هود الآية — ١١٣

كلّ ذلك مضافاً إلى التأيّد بظواهر كثير من النصوص [١] الواردة بالنسبة إلى من مات وله أموال ، وورثته صغار ولا وصى له ، حيث اشترطت عدالة المتولّي لذلك ،وهي وإن كانت خارجة عما نحن فيه إلاّ أن فيها اشعاراً بأن المتولى لأمر الوصاية كذلك بل لا فرق بينهما ، إلاّ كون الأوّل منصوباً من قبل الشارع والثانى من قبل الميت والاّ فهما بالنسبة إلى ما يتصرفان فيه واحد ، فكما يراعى العدالة فيه من حيث أن الناصب له الشرع ، يراعي كذلك فيه من حيث أن الناصب للوصى ، فلا ينصب لذلك إلاّ عدلاً .

والفرق – بأن للموصى التسلط على ماله يدفعه إلى من شاء ، ويسلط عليه من يختاره ، لتسلط الناس على أموالهم ، بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحة ، دون ما فيه مفسدة – يظهر ضعفه ممّا مرّ ، فإن الموصي بعد الموت وانتقال التركة الى الورثة وفيهم الصغير ، وفيها وصايا إلى الجهات العامة ونحو ذلك من التصرفات المحتاجة إلى الوثوق والائتمان ، لا تعلق له بذلك ، فتصرُّفه فيما ذكر ، إنّما هو تصرف فى مال الغير ، لا مال نفسه ،

﴿ وقيل : ﴾ والقائل جماعة منهم الفاضل فى المختلف وابن ادريس فيما حُكى عنه وغيرهما ﴿ لا ﴾ تعتبر العدالةِ فى الوصىّ ﴿ لأن المسلم محلّ للامانة ، كما فى الوكالة والاستيداع ، ولأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقق بتعيينه ﴾ .

وقيل كما فى المسالك : المعتبر عدم ظهور الفسق ، لا ظهور العدالة ، قال : لأنّه لا يلزم من عدم أهلية الفاسق للاستيمان وقبول الخبر ، اشتراط العدالة هنا لوجود الواسطة بينهما ، وهو المستور والمجهول الحال ، فإنّه لا يصحّ وصفه بالفسق بل يعزّر واصفه به . فلا يدخل فى المدلول .

واشتراط عدالة وكيل الوكيل إن أرادوا به اشتراط ظهور عدالته ، كما هو المشهور ، فهو عين المتنازع فيه ، وإن أرادوا به عدم ظهور الفسق ، سلمناه ، لكن لا يفيد الاشتراط ، وبالجملة لا ريب فى اشتراط عدم ظهور فسقه ، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث ، والاستدلال عليه – بأن الفسق لما كان مانعا ، فلا بد من العلم بانتفائه ، وذلك هو اشتراط

(١) الوسائل الباب – ٨٨ – من أبواب أحكام الوصايا .

العدالة — واضح المنع ، لأنَّ المانع لا يشترط العلم بعدمه في التأثير ، بل عدم العلم بوجوده كاف ، كما في كلّ مانع .

وحينئذٍ فالأقوال في المسألة ثلاثة ، وقد اتفقت جميعاً على عدم الفرق بين متعلق الوصاية في ذلك من ولاية على قاصر ، أو على أداء حق لازم ، أو على صَرف ثلث في وجوه برّ أو نحو ذلك ، ولعل خيرها أوسطها ما لم يكن فيه مفسدة على القاصر ؛ لعموم الأدلة واطلاقها ، خصوصاً ما ورد منها في وصاية الإمرأة[1] الّتي من الغالب عدم عدالتها ، وفي وصاية ولده وفيهم الصغار والكبار ، وإن الصبي يكون وصيا بذلك عند بلوغه أو قبله ، والتصرف عند البلوغ ، وغير ذلك من النصوص الّتي لا ينكر ظهور سياقها في عدم اعتبار العدالة ، سيما ما ورد من وصيّة الكاظم عليه‌السلام جميع ولده[2] ، ومنهم غير العدل ، وجعل الولاية بيد عليّ عليه‌السلام منهم لا يجدي ، بناء على عدم صلاحية الفاسق للوصاية ، ولو مع انضمامه إلى غيره ممّن له الولاية عليه .

ودعوى عدم صحة ائتمان الفاسق والركون إليه واضحة المنع ، فإن الفسق قد يكون بما لا مدخلية له في حفظ المال ، والوصاية ليست ركونا ، ومع التسليم فالممنوع من الركون إلى الظالم من الفاسق ، لا مطلقاً ودعوى كونه ظالماً لنفسه ، كما ترى لا تستأهل جواباً .

وكذا ما ذكر من القياس على وكيل الوكيل الممنوع اعتبار العدالة فيه أيضاً ، فإن الأمر يتبع اذن الموكّل أو مصلحته ، ولا ريب في أن الوصاية فرع ولاية الموصي ، وإن لم تكن هي استنابة بمعنى ثبوت الولاية له بعد الموت ، وان الوصي نائب عنه ضرورة انقطاعها بعد الموت ، ولكن لولايته الثابتة حال الحياة قد جوّز له الشارع جعل وليّ بعد موته فيما له الولاية عليه ، وأدلّة جواز ذلك عامة أو مطلقة .

نعم هي مخصّصة ، أو مقيّدة في بعض أفرادها ، كالولاية على القاصر ونحوها ، بما إذا لم يكن في ذلك مفسدة ، أو بما فيه مصلحة من غير فرق في ذلك بين العدل والفاسق وكذا

---

(١) الوسائل الباب — ٥٠ و ٥٣ — من أبواب أحكام الوصايا .

(٢) الوسائل الباب — ١٠ — من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث — ٥ .

الوكالة والوديعة من الحي-للطفل ، ودعوى خروج المال منه كلّه بالموت ، مدفوعة بأن الثلث باق على حكم ماله ، فله الولاية عليه على أيّ نحو شاء ، كما أن له الولاية ، من غير فرق بين العدل والفاسق ، كحال الحياة وقبول خبرهما في ذلك باعتبار كونهما مسلمين مصدّقين فيما يسندانه إليهما خصوصاً مع تكليفهما بذلك : فلا فرق من هذه الجهة ، والتأييد بالنصوص المزبورة – يدفعه أن موضوعها تولّي عدول المسلمين الذين هم أحد الأولياء ، مع فقد الحاكم لا من حيث الوكالة عنه وإلاّ فالحاكم قد يجوز له ، أو يجب عليه توكيل الفاسق إذا اقتضته المصلحة .

نعم قد يفرق بين العدل والفاسق فيما يلزم الموكل والوليّ فيه مراعاة المصلحة أو عدم المفسدة عند اشتباه الحال لديه ، فإنّه حينئذٍ بتوكيل العدل وتوليته معذور ، بخلاف الفاسق الّذي هومظنّة الفساد ، لا أنّه لا يجوز تولية الفاسق الّذي يعلم الصلاح في توليته ، لكون نفسه بما لا يضرّ المولّى عليه كما هو واضح ، بل لو وقع ذلك من الموكّل والموصى ، ولم يعلم الحال لا بد لنا من حمل فعلهما على الوجه الصحيح وهو الّذي يعلم الولى عدم مفسدته أو صلاحه ، لا أنّه يحمل على معلوم الفساد ، كي يحكم ببطلان وصايته .

ومن الغريب أن بعض من اشترط عدالة الوصيّ قال : وأعلم ان هذا الشرط انّما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي ، ويقبل خبره كما يستفاد ذلك من دليله لا في الفعل في نفسه ، فلو أوصى إلى من ظاهره العدالة ، وهو فاسق في نفسه ، ففعل مقتضى الوصيّة ، فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة ، ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه وبينه وفعل مقتضاها ، بل لو فعله ظاهراً كذلك لم يبعد الصحة وان حكم ظاهراً بعدم وقوعه ، وضمان ما ادعى فعله ، وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصيّة باطلاع عدلين ، أو باطلاع الحاكم ، نبّه على ذلك في التذكرة والروضة ، وهو حسن .

قلت : وقريب منه ما صرح في جامع المقاصد ، ولا يخفى عليك منافاة ذلك لاشتراط العدالة في الوصيّ ، في سياق اشتراط العقل ، ونحوه ممّا يقضي بانعدام المشروط بعدمه ، وأقصى ما يقال في دفعه أنه يمكن تنزيله على أن المراد أنها شرط في صحّة الإستنابة ، لا في

صحّة النيابة ؛ وأنت إذا تأملت لم تجد لهذا الكلام حاصلاً ينطبق عليه ظاهراً من ذكر ذلك شرطاً على حسب اشتراط العقل ونحوه .

وأغرب من هذا ما عساه يظهر من بعضهم من الإستدلال على اشتراط العدالة بأنّ الفاسق لا يصلح للولاية على الطفل ، وفيه أنّه لا خلاف ظاهراً في ثبوت ولاية الأب والجد على الطفل ، وإن كانا فاسقين ، بل في جامع المقاصد الاعتراف بأنّ ذلك مقتضى النص والاجماع وأنّه لا دليل على اشتراط العدالة .

نعم قال : فيدفع محذور الفسق بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال ، اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية ، عزله ومنعه من التصرف في ماله ، واثبات اليد عليه ، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة ، وإن لم يعلم استعلم بالإجتهاد وتتبع سلوكه وشواهد أحواله ، وفيه أنّه لم يكون كذلك في الوصي ، مع وجوب الاستعلام بالاجتهاد وتتبع الأحوال لوجوب حسن الظن بالمسلم ، فعله على الوجه الصحيح ، وأنّه لا يقصّر فيما وجب عليه ، كما هو مقرر في محلّه ، هذا كلّه في الوصيّة إلى الفاسق ابتداء .

﴿ أما لو أوصى إلى العدل ﴾ من حيث كونه عدلاً ﴿ ففسق بعد موت الموصى أمكن بيطلان وصيّته ﴾ بل ينبغي الجزم به ، وإن لم نقل باشتراط العدالة في الوصيّ بلا خلاف أجده فيه ، بل عن المهذب وشرح الصيمري الإجماع عليه إلاّ من الحلي ، وفي جامع المقاصد كانه لا خلاف فيه لعدم مقتضيها ، ضرورة كون فرض عبارة النصب له من حيث العدالة ، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب ، فلا يكون وصيا ، ودعوى – أن العدالة من الأوصاف الّتي لا يتغيّر الموضوع بفقدها – يدفعها وضوح فسادها ، إذ الموضوع إن كان الذات مع الوصف فلا ريب في تغير الموضوع بعدمها ، كوضوح فساد دعوى الاكتفاء بالعدالة في ابتداء النصب دون استمراره ، ﴿ لأن الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه ، فلم يتحقق ﴾ الوثوق ﴿ عند زواله ﴾ .

نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث العدالة ، بل من حيث ذاته ، ففسق فإنّ وصيته ثابتة ، بناء على صحّة وصاية الفاسق ، بل لعلّه كذلك أيضاً إذا كانت العدالة داعياً وباعثاً

للوصاية ، لكن لم تتعلّق الوصاية عليها ، لما تقرر غير مرّة من أن الدواعي لا تقيّد أمثال هذه الأسباب ، بل قد يقال : أنّها كذلك إذا أوصى إلى العدل ولم يعلم منه ملاحظة الوصف على الوجه الأوّل أو غيره ؛ فإن استصحابها كاف في الحكم ببقائها ، بل لو علم ملاحظة الوصف لكن لا على جهة دورانها معه وجوداً وعدما ، بل لاحظه غير خاطر في باله العارى عنه ، فإن الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه ضرورة عدم معلوميّة علّيّة الوصف ، ومحال الاستصحاب غالباً تقرن معها الأوصاف الّتي لم يفهم عليتها ، ومنها المقام الّذي كان الوصف فيه شبه مفهوم اللقب ، ولا يقال : انّه لا يجري باعتبار تغير الموضوع في الفرض ، لما عرفت من أنّ الموضوع لا يتغيّر بتغيّر مثل هذا الوصف ، بل التغير يحصل بتغير الذات أو الوصف الّذي يجعل مداراً للحكم .

وقد ظهر لك ممّا ذكرنا أنّ الصور في المقام خمسة والمتجه البطلان في الأولى الّتي نزّلنا عليها عبارة المصنّف وان كان فيه صعوبة ، فراراً مما عساه يظهر منها من مساواتها لغيرها الّتي قد عرفت كون المتّجه منه الصحّة .

وكيف كان فلا تعود الوصايا بعود الوصف إلاّ إذا صرّح بذلك الموصى ، أو ظهر من عبارته ، فإن الأقوى جواز مثل هذا النصب لإطلاق الأدلّة ، ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لو فسق حال حياة الموصى أيضاً ، ضرورة عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالي الموت والحياة .

وعلى كلّ حال فالمتّجه في الصورة الأولى انعزاله من غير حاجة إلى عزل الحاكم ، ضرورة تقييد وصايته من الموصى بحال العدالة الّتي تنتفي بانتفائها ، فقول المصنّف والفاضل في القواعد ﴿ فحينئذٍ يعزله الحاكم ويستنيب مكانه ﴾ في غير محلّه ، أللّهمّ إلاّ أن يكون المراد ، بالعزل قطعه عن التصرّفات بعد أن تحقق العزل الشرعيّ ، والأمر سهل بعد وضوح المقصود ، والله العالم .

﴿ ولا تجوز الوصيّة إلى المملوك ﴾ بلا خلاف فيه في الجملة ، بل عليه مطلقا عن صريح محكى الغنية ، وظاهر التذكرة الاجماع ، وهو الحجّة مضافاً إلى أدلة الحجر عليه ،

واستلزام ذلك التصرّف فيه والانتفاع به بغير إذن مـولاه ، لاحتياج تنفيذ الوصاية إلى أفعال وأقوال ، وهو ممنوع منها ، ﴿ إلاّ ﴾ أن يكون ذلك ﴿ باذن مولاه ﴾ فتصحّ الوصاية إليه حينئذٍ بلا خلاف كما اعترف به في الرياض ، لزوال المانع و حينئذٍ فليس للمولى الزجوع في الأذن بعد موت الموصى ، بل ولا قبله إذا كان بحيث لم يبلغه الرد ، وبالجملة هو كالحرّ بالنسبة إلى ذلك ، أو مكاتباً مبعّضاً للموصى أو غيره عند الشيخ وابن حمزة والحلى والمختلف ، خلافاً للمفيد والديلمي فجوّزوا الوصيّة إلى من عدا القن ، أما مطلقاً كما يظهر من المختلف والدروس ، أو إذا كان عبد نفسه كما يستفاد من التنقيح ، ومال إليه الصدوق لحرّية المدبّر حال المباشرة ، ولزوم الكتابة وتصرّف المكاتب من غير حجر ، ولا يخلو عن قوة ، لعمومات الكتاب والسنة ، الناهية عن تغيير الوصيّة ، وسلامتها في المفروض عمّا مرّ من الأدلّة المانعة لما ذكر .

قلت : قال في الدروس : «خامسها اذن المولى ؛ لو أوصى إلى عبد الغير أو مكاتبه أو مدبّره أو أمّ ولده ، ولو أوصى إلى عبد نفسه أو مدبّره أو مكاتبه أو أمّ ولده لم يصحّ عند الشيخ ، وجوّز المفيد وسلاّر الوصيّة إلى المدبّر والمكاتب مطلقاً ، ولعلّه ليست كما حكى عنهما في الجملة ، والموجود في المقنعة ، ولا يوصى إلى العبد ، لأنه لا يملك مع سيّده أمرا ، ولا بأس بالوصيّة إلى المدبر والمكاتب ، وفي المراسم : ولا يوصى إلى العبد إلاّ من كان منهم مكاتباً أو مدبّرا فتأمل .

وكيف كان فقد أطلق المصنّف وغيره أيضاً عدم جواز وصية المملوك الشامل لذلك كلّه وغيره ، بل الظاهر عدم الفرق فيه بين مملوك نفسه ومملوك غيره ، و قوله «إلاّ باذن مولاه» لا يقضى باختصاص المستثنى منه في الثاني لغة ولا عرفاً ، وإن كان لا يتصوّر اخراجه منه باعتبار اقتضاء الوصيّة إليه الاذن في قبولها ، لكن قد يقال : إنّ إذنه لا تجدي ، لأن أثر الوصاية بعد الموت الّذي ينقطع به ملكه ، أو ينتقل إلى غيره .

ودعوى – أنّ ذلك من الوصيّة بمنافعه فليس للوارث الاعتراض – واضحة الفساد ضرورة عدم كون ذلك منها بعد عدم قصدها .

ومن هنا كان مقتضى ما حكاه المفروغية من عدم جواز وصيّة القنّ ولو كان عبد نفسه ، وأن الخلاف في غيره ، وكأنه قدس سرّه مال إلى الجواز ، بناء منه على أنّ مدرك المنع ما سمعت

من الحجر عليه ، واقتضاء الوصاية التصرف فيه ، وهما مفقودان في الفرض ، فتبقى العمومات سالمة عن المعارض .

وفيه : أنه يمكن أن يكون الدليل الاجماع المحكيّ المعتضد بظاهره وباطلاق الأكثر وباطلاق قوله عليه‌السلام «لا وصيّة لمملوك[1]» في خبر ابن الحجاج الّذي لا قرينة على اختصاصه بالوصيّة التمليكيّة ، بل هو شامل لذلك ولجعل الولاية له ، وبمعلومية قصور العبد عن هذا المنصب الّذي من الواضح الفرق بينه وبين الوكالة ، بل لو لا الإجماع على الصحة باذن السيّد ، لأمكن القول بالمنع معها أيضاً ، كما عن الشافعي وجمع من العامة ، سيما الولاية على الطفل مثلاً ، لقصوره عنه كالملك الذي لا يجدى فيه إذن السيّد ، بل لعلّ الولاية أعظم منه من غير فرق بين مملوك السيد بأقسامه وغيره ، ووجود القابلية له في المدبّر مثلاً بعد الموت لا يجدي مع فقدها حال الوصية كما أنّه لا يجدى التبعيض أيضاً ، وان اجدى في الملك ، لعدم قابلية الولاية التوزيع كالملك ، فتأمل .

نعم لو أوصى إليه معلّقاً ذلك على حرّيته ، أمكن الجواز ، بناء على قبول الوصاية مثل هذا التعليق كما عرفته فيما تقدّم ، والله العالم .

﴿ و ﴾ مما يعتبر في الوصيّ البلوغ بلا خلاف أجده فيه فـ ﴿ لا تصحّ الوصية إلى الصبيّ منفرداً ﴾ لقصوره بالصبا السالب لأقواله وأفعاله عن منصب الوكالة ، فضلاً عن الوصاية الّتي قد عرفت أنّها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها ، بل لا يتعقل ثبوت السلطنة لغير المميز من الصبيان على المميّز منهم .

﴿ و ﴾ لكن قد ورد في خبرين معتبرين بفتوى الأصحاب على وجه لا يعرف فيه خلاف بينهم ، أنه ﴿ تصحّ ﴾ وصايته ﴿ منضماً إلى البالغ ﴾ الكامل و ﴿ لكن لا يتصرف ﴾ الصبيّ ﴿ إلاّ بعد بلوغه ﴾ وإنّما فائدة نصبه جواز تصرفه بعد البلوغ على وجه يكون شريكا للبالغ .

---

(١) الوسائل الباب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ .

قال عليٌّ بن يقطين[1] : «سألت أبا الحسن عن رجل أوصى إلى امرأة وشرك في الوصيّة معها صبيًا ؟ فقال : يجوز ذلك ، وتمضي المرأة الوصية ، ولا تنتظر بلوغ الصبي ، فإذا بلغ الصبيّ فليس له إلاّ الرضا وإلاّ ما كان من تبديل أو تغيير ، فانَّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميّت» .

وقال الصفّار[2] كتبت إلى أبي محمّد عليه‌السلام : «رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا ، وفيهم صغار ، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ، ويقضوا دينه ان صحّ على الميّت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار ؟ فوقّع عليه‌السلام : نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ، ولا يحبسوه بذلك» .

ومنهما يعلم الحكم فيما ذكره المصنّف ﴿ و ﴾ غيره من أنّه ﴿ لو أوصى إلى اثنين ﴾ مثلاً ﴿ أحدهما صغير ﴾ والآخر كبير ﴿ تصرّف الكبير منفردا حتّى يبلغ الصغير ﴾ ولأنه وصّى في الحال منفرداً إذ الشريك معه بعد البلوغ ، كما لو قال : أنتَ وصيّي فإذا حضر فلان فهو شريكك ، ومن ثمّ لم يكن للحاكم أن يداخله ﴿ و ﴾ لا أن يضم إليه آخر ، نائباً عن الصغير .

نعم ﴿ عند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد ﴾ لحصول الشريك له حينئذٍ ، كما لو أوصى إلى اثنين كاملين ابتداء على ما ستعرف ، هذا .

وفي المسالك وغيرها أن صحّة الوصيّة إلى الصبي منضما على خلاف الأصل ، لأنه ليس من أهل الولاية ، ولكن جاز ذلك للنصّ ، فلا يلزم مثله في الوصيّة إليه مستقلاً وان شرط في تصرّفه البلوغ ، وكان ذلك في معنى الضم ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، ولأنه يغتفر في حال التبعيّة ما لا يغتفر استقلالا .

قلت : قد عرفت سابقاً ما يقتضي أنَّ الأصل جواز نصب الصبي وصيًا إذا علّق ذلك على بلوغه رشيدا ، ضرورة كونه للعمومات وأنّ الوصاية كالأمارة لا يقدح فيها التعليق ونحوه ، ولذا

(١ و٢) الوسائل الباب ٥٠ من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢-١ .

جاز الوصيّة إلى المجنون الأدواري ، وجاز الايصاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو ، وإلى ولده إن بلغ رشيدا ، كما نصّ عليه في الدروس ، وكذا في القواعد ، وحينئذٍ فالمتّجه كون المنضم على الوجه المزبور على وفق الأصل لا على خلافه ، بل المتّجه جواز الانضمام كذلك و الاستقلال إن لم يقم اجماع على خلافه ، ودونه خرط القتاد .

ودعوى أنّ محل البحث الوصاية فعلا ، لا المعلّقة على البلوغ ، وقد ثبت في المنضم للخبرين السابقين ، دون المستقل الّذي لا ريب في مخالفة وصايته الفعلية للأصل ، لعدم قابليته للولاية ، وبذلك صحّ للمصنّف وغيره الفرق بين وصاية المنضم والمستقل .

واضحة الفساد ، ضرورة عدم صحة الوصاية فعلا للمنضم أيضاً ، ولا صراحة في الخبرين بذلك بل ولا ظهور ، بل لعلّ ظاهرهما خلافه ، وإلّا كان شريكاً فعلا ، و توقف التصرف في المال إلى بلوغه ، أو يقوم وليه مقامه ، أو يضم الحاكم نائباً عنه والجميع مخالف لما عرفت من النص والفتوى ، بل قد يقال ببطلان وصاية الموصى ان صرّح بوصاية الصبي فعلا ، لعدم مشروعيتها ، وهو معنى اشتراطهم البلوغ في الوصى الذي مقتضاه انعدام المشروط بانعدامه .

نعم لو صرّح بعدم تصرّف الكبير حتّى يبلغ الصغير صحّ ، لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بل الظاهر الصحة أيضاً مع التصريح بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير لذلك ، كما هو صريح القواعد والدروس وجامع المقاصد ، بل يصحّ غير ذلك من الشرائط الّتي لم تحلّل حراماً ، ولا تحرم حلالاً ، ولا تخالف كتاباً ولا سنة ، كالترتيب في الوصية بأن يقول : أوصيت إلى زيد ، فإن مات فإلى عمرو ، ونحو ذلك ، وعن فاطمة (ع)[1] «أنّها أوصت في وقفها إلى أمير المؤمنين عليه‌السلام فإن حدث به حدث فإلى ولديها» وقد تقدم سابقا أنّ الوصاية قريبة من التأمير ، كما اعترف به في جامع المقاصد .

وقد روى أنّ النبيّ صلى‌الله‌عليه‌وآله قال : «الأمير زيد ، فان قتل فجعفر ، فإن قتل فعبد الله بن رواحة» .

(١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث — ١

(٢) المغازي للواقدي ج ٢ ص ٧٥٤ .

وبذلك كلّه يعلم أن موضوع المسألة في المتن وغيره ما لو أطلق الوصاية إلى الصغير والكبير ، فإنّه الذي حكمه تصرف الكبير حتّى يبلغ الصغير ، فيشاركه ، وأنه ليس للصغير الاعتراض عليه فيما تصرّف فيه الكبير سابقاً على بلوغه كما عرفته وتعرفه فيما يأتي إن شاء الله تعالى فتأمل جيداً .

فإنّه قد ظهر لك عدم الفرق بين المميز وغيره في المسألة ، ولا بين البالغ خمس سنين وغيره ، وإن كان ظاهر زياد بن أبي الحلال[1] الثاني : قال : «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله هل أوصى إلى الحسن والحسين عليه‌السلام : مع أمير المؤمنين عليه‌السلام ؟ قال : نعم قلت : وهما في ذلك السن ؟ قال : نعم ولا يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين» لكن لم أجد عاملاً به ، بل ظاهر غيره من النصوص والفتاوى خلافه ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو مات الصغير ، أو بلغ فاسد العقل ، كان للعاقل الانفراد بالوصية ، ولم يداخله الحاكم لأنّ للميت وصيّاً ﴾ مستقلاً ، لعدم شريك له لكون الفرض موت الصبي قبل البلوغ الذي هو شرط صحّة نصبه وصيّا ، وكذا الكمال فلم يشاركه أحد في وصايته ، ولا وجد ما يزيلها فهي مستصحبة على الحال الأول ، لكن ومع ذلك تردّد فيه في الدروس من ذلك ، ومن دلالة لفظ الوصى على الضم في وقت امكانه عادة ، بل في الرياض أنه الأظهر لقوة دليله ، قال : «وينبغي القطع به فيما إذا بلغ الصبي رشيداً ثمّ مات بعده ولو بلحظة ، لانقطاع الاستصحاب الأوّل حينئذٍ بلا خلاف ، وتبدّله باستصحاب عدم الاستقلال ، فيتبع» .

قلت : كيف ينبغي القطع به مع أنّ أقصاه صيرورته كالوصية إلى اثنين كاملين ثمّ مات أحدهما ، وستعرف أن المشهور بين الأصحاب استقلال الباقي ، وأنه لا يضم إليه الحاكم .

ومنه يعلم ضعف القول به في الفرض الذي هو مرجوح بالنسبة إلى ذلك قطعا ضرورة عدم حصول الشريك للوصي أصلا ، بل يمكن القطع بكون مراد الموصى الشركة له إذا بقى وبلغ قابلاً للشركة ، ومن هنا جزم المصنّف وغيره باستقلال الكبير في الفرض والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ .

وقد ظهر لك من ذلك الحكم في جميع أطراف المسألة حتّى ما ذكره المصنف وغيره ﴿ و ﴾ نصّ عليه في الخبرين السابقين ، بل لا أجد فيه خلافاً من أنه ﴿ لو تصرّف البالغ ثمّ بلغ الصبي لم يكن له نقض شيء مما أبرمه﴾ في الزمن السابق الذي لا شركة له فيه ؟ إذ لا ريب في ظهور عبارة الموصى في إرادة الوصاية للكبير وأنه إذا بلغ الصبيّ شاركه ، فليس له نقض شيء من ذلك ﴿ إلا أن يكون مخالفا لمقتضى الوصيّة ﴾ بل مثله منقوض لنفسه ، لا يحتاج إلى نقض كما هو واضح .

ومن الغريب ما في القواعد ، فإنه بعد أن ذكر ما هنا بتمامه ، قال : «وهل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه ؟ نظر» وهو مناف لاطلاق النص والفتوى ، بل ولما هو كالصريح من خبر علي بن يقطين[1] فلاحظ وتأمل .

بقى الكلام في شيء لم أجد تصريحا به من أحد ، وهو لو مات الكبير مثلا قبل بلوغ الصبي والمتّجه على ما قلناه صحتها لو بلغ ، وإن رجع الأمر إلى الحاكم قبل البلوغ فإذا بلغ استقل في وجه ، وداخله الحاكم في آخر ، وأمّا احتمال بطلان وصاية الصبيّ – ولو بعد البلوغ ، باعتبار اشتراط صحتها ابتداء ، واستدامة بالإنضمام المفروض العدامه قبل البلوغ – فهو واضح الضعف – لمنافاته الإستصحاب وغيره .

نعم قد يشكل تولى الحاكم الأمر قبل البلوغ – بناء على ما عساه يظهر من بعضهم من ثبوت الوصاية للصبى حال الانضمام وإن لم يجز له التصرف ، – بأنه لا ولاية له مع وجود الوصى ، فالمتّجه له حينئذٍ الانتظار إلى البلوغ ، إلاّ فيما لا بد منه ، إلا أنّ ذلك كما ترى ، ضرورة عدم تعقل ثبوت ولاية وسلطنة للطفل على غيره ، سيما إذا كان مميزاً و هو غير مميز ، كما هو مقتضى اطلاق كلامهم هذا .

﴿ و ﴾ قد عرفت سابقاً أنّ من شرائط الوصى الاسلام فـ ﴿ لا تجوز ﴾ حينئذٍ ﴿ الوصية ﴾ من المسلم ﴿ إلى الكافر و لوكان رحماً ﴾ بلا خلاف كما في الرياض لقصوره عن منصب الولاية عن المسلم وعليه[2] ، إذا[3] «المؤمنون بعضهم أولياء بعض ، بل

(١) الوسائل الباب – ٥٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ .

(٢) سورة التوبة الآية – ٧١ .

قال الله تعالى[1] : «لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء» إلى آخر الآية وقال جل شأنه : أيضا[2] «و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» ومن هنا أطلق المصنف – وغيره عدم وصايته عن المسلم من غير فرق بين تعلقها بالمسلمين وما في حكمهم أو غيرهم .

﴿ نعم يجوز أن يوصى إليه ﴾ أي الكافر ﴿ مثله ﴾ في الكفر كما صرّح به غير واحد ، بناء على عدم اشتراط العدالة ، بل وعلى اشتراطها ، بناء على ارادة الوقوف من اشتراطها ، ويكفي حينئذٍ عدالته في دينه ، إذ الغرض صيانة مال الطفل ، وأداء الأمانة ، وهو يحصل بالعدل منهم ، فما في الروضة – «من أن الأقوى المنع ، بالنظر إلى مذهبنا ، ولو أريد صحّتها عندهم وعدمه ، فلا غرض لنا في ذلك،ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم وإلا فاللازم الحكم ببطلانها بناء على اشتراط العدالة في الوصي ، إذ لا وثوق بعدالته في دينه ، ولا ركون إلى أفعاله ، لمخالفتها لكثير من أحكام الاسلام» لا يخلو من نظر ، لحصول الوثوق وجدانا بل ربما يحصل الوثوق ببعض عدولهم أكثر مما يحصل عدول المسلمين سيّما المخالفين منهم ، ومخالفة أفعالهم لكثير من أحكام الاسلام تنافي عدالته في دينه .

ولعلّه لذا قال في المسالك : «ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقاً مع عدالته في دينه ، لأن الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظ ماله وأداء الأمانة ، وإذا كان الكافر في دينه مجانبا للمحرمات ، قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه ، بخلاف فاسق المسلمين ، وإن كان فيه أيضاً أنّه يمكن فرض الوثوق بفاسق المسلمين ، كما عرفته سابقا هذا .

وقد يقال في أصل المسألة بمنع اشتراك الكفار مع المسلمين في هذا الحكم وإن قلنا به في غير المقام ، لاختصاص الدليل بالنهى عن اتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء ، دون الكافرين بعضهم مع بعض ، بل مقتضى الآية الأخرى[3] كونهم كذلك ، و حينئذ فحمل عبارة المصنف وغيره – «صحة وصية الكافر إلى الكافر» – على إرادة الالزام بما في مذهبه وإن كان فاسدا عندنا – خلاف الظاهر .

---

(١) سورة آل عمران الآية ٢٨ .

(٢) سورة النساء الآية ١٣١ .

(٣) سورة الأنفال الآية ٧٣ .

نعم ينبغي تقييد ذلك كما عن جماعة بما إذا لم يستلزم ذلك ولاية على مسلم لما عرفت ، ولو أوصى الكافر إلى المسلم صحّ ، وتصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره ، كالخمر . والله العالم .

ولا يعتبر في الوصي الذكورة ،ولا البصر ، ﴿ و ﴾ لا كونه غيروارث بلا خلاف فيه بيننا فـ ﴿ تجوز الوصية ﴾ حينئذ ﴿ إلى المرأة إذا جمعت الشرايط ﴾ وكذا الأعمى والوارث ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، والاجماع بقسميه ، وخصوص خبر علي بن يقطين[1] السابق في الوصية إلى المرأة والطفل ، فما عن بعض العامة – من الخلاف في ذلك لبعض الوجوه الإعتباريّة التي لا تصلح مدركا للأحكام الشرعية عندنا – واضح الفساد وعليه يحمل مرسل السكوني[2] عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه‌السلام «المرأة لا يوصى اليها ، لأن الله تعالى يقول «ولا تؤتوا السّفهاء أموالكم» أو على فقد شرط من الشرائط السابقة ، أو غير ذلك والله العالم .

﴿ ولو أوصى إلى اثنين ﴾ فصاعدا جاز اجماعاً بقسميه ، وسنّة عموماً وخصوصاً ، ﴿ فإن اطلق أو شرط اجتماعهما ، لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف ﴾ بلا خلاف أجده في الثاني سواء ذكر الاجتماع شرطا في التصرف ، أو جعل الولاية لهما مجتمعين ، فإن الظّاهر جوازه أيضاً ، لاطلاق الأدلة السالم عما يقتضى الاتّحاد في الوصيّ ، بل لعل ذلك هو المراد من شرط الإجتماع في العبارة وغيرها ، بل ستعرف فيما يأتي التصريح من ثاني الشهيدين وغيره بأنّ كلا منهما في صورة الاجتماع جزء وليّ ، وعليه يبنى ما قيل : من بطلان الوصية بردّ أحدهما ، وإن قبل الآخر .

وعلى كل حال فلا إشكال كما لا خلاف في عدم جواز تفرد أحدهما في هذه الصورة ، إنّما الكلام فيما إذا اطلق ، ولم يكن في اللفظ ما يدل على الاستقلال ، ولا على الاجتماع ، والمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة مساواتها ، في الحكم لصورة الاجتماع ، لكونه المتيقّن ، بناء على

(١) الوسائل الباب – ٥٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب – ٥٣ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

دوران الأمر بينه وبين الانفراد الترخيصيّ لا العزيمي ، ولتساويهما في استحقاق الولاية ، فهي العين الموصى بها لاثنين مثلا ، المحكوم باشتراكها بينهما ، فكذا الولاية المجعولة لهما ، ضرورة تصوّر الاشتراك فيها على وجه يكون مجموعهما الولي .

ولظاهر الصحيح [1] «في رجل مات وأوصى الى رجلين ، أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة ، والآخر بالنصف ؟ فوقّع عليه السلام لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت ويعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله» .

المؤيّد بالرضويّ بناء على كونه رواية [2] «وإذا أوصى رجل الى رجلين ، فليس لهما أن ينفرد كلّ واحد منهما بنصف التركة ، وعليهما إنفاذ الوصيّة على ما أوصى الميّت» .

بل وبخبر صفوان بن يحيى [3] «سألت أبا الحسن عليه‌السلام عن رجل كان لرجل عليه مال ، فهلك وله وصيّان فهل يجوز أن يدفع المال الى أحد الوصيّين ؟ فقال : لا يستقيم إلاّ أن يكون السلطان قد قسم المال ، فوضع على يد هذا النصف ، وعلى يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان» بناء على أنّ المراد سلطان العدل .

والمناقشة في الأوّل – باشتماله على لفظ لاينبغي ، الّذي هو غير صريح في الحرمة – يدفعها أنه لا بدّ من إرادة ذلك منه هنا ، وأن قلنا بعدم صراحته في غير المقام ، باعتبار جعل الانفراد فيه مخالفة للميت ، والاجتماع عملا بأمره ، ومن المعلوم حرمة المخالفة المزبورة ، ووجوب العمل بأمره ، وإلاّ كان تبديلا للوصية المعلوم عدم جوازه كتاباً ، وسنة ، وإجماعا ، على أنّ قوله «ويعملان» معطوف على جملة لا ينبغي لا على متعلّقها ، فيكون أمرا بالعمل بمقتضى امره المكنى به عن الاجتماع ، وإلاّ لم يكن الجواب مطابقا للسؤال .

نعم فيما حضرني من نسخة الكافي «وأن يعملا» إلى آخره ، وحينئذٍ يكون معطوفا على سابقه ، إلاّ أن المقدر حينئذٍ من العامل فيه – لو سلم أنّه – ينبغي ، وجب إرادة الوجوب منه ،

---

(١) الوسائل الباب –٥١– من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١ .
(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٦ .
(٣) الوسائل الباب –٥١– من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٢ .

لما عرفت ، كلّ ذلك مضافا الى الانجبار بفهم المعظم والاعتضاد بما عرفت .

ولا ينافيه الموثق [1] «أن رجلا مات وأوصى الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما ترك ، وأعطني نصف ما ترك ، فأبى عليه الآخر ، فسألوا أبا عبد الله عليه‌السلام عن ذلك فقال ذلك له » لإجماله وبناء المنافاة فيه على رجوع الاشارة الى القسمة ، والضمير المجرور الى الطالب ، مع أنه يحتمل رجوع الاشارة الى الإباء ، والضمير الى المطلوب ، بل لعل هذا أولى ، كما عن المختلف وغيره ، لقرب مرجع الاشارة ، وموافقته لما عرفت .

ودعوى أولويّة العكس – لوضع ذلك للاشارة إلى البعيد – يدفعها معلومية عدم ملاحظة ذلك في استعمالها في أمثال هذه الخطابات الّتي يراد منها محض التفهيم ، بل في الرياض أنه يدفعها توقف ذلك على وجود اللام ، وهي في نسخة الكافي والفقيه مفقودة .

نعم في نسخة الشيخ موجودة ، لكنّها مرجوحة بالنسبة إلى تلك النسخة سيما مع وحدتها وتعدد تلك ، مع كون الأصل لها ، وهي منها مأخوذة ، وعلى تقدير تكافؤ النسختين يبقى الاجمال بحاله ، لعدم المرجح لأحدهما في البين ، والأمر سهل بعد وضوح الحال لديك .

ومنه يعلم ضعف المحكيّ عن ظاهر النهاية الّتي ليست كتاب فتوى ، والقاضي من جواز الانفراد في صورة الاطلاق ، ولعلهما يريدان أن ما لو قال : « لكلّ منهما » بعبارة مستقلة أنت وصيي على كذا ، فانه ظاهر حينئذٍ في جواز الانفراد ، كما في الوكالة ، وإن كان هو خارجا عن محل النزاع ، بل قد يقال بعدم ظهوره في ذلك ، كما هو مقتضى اطلاق العبارة وغيرها .

بل في القواعد والدروس وغيرهما ما هو كالصريح في ذلك ، في مسألة ما لو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو ، قال في القواعد « ولو أوصى إلى زيد ثمّ إلى عمرو لم يكن رجوعا ، ولو لم يقبل عمرو انفرد زيد ، ولو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلاّ مع قرينة دالّة على الرجوع أو التفرد » وقال في الدروس : «ولو أوصى الى زيد ثمّ الى عمرو اشتركا ولا انفراد ، ولا يعزل

(١) الوسائل الباب – ٥١ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٣ الفقيه ج ٤ ص ١٠١ الكافي ج ٢ ص ٢٤٧ الطبعة الأولى .

الأوّل بالوصية الى الثانى ، ولو قبل أحدهما دون الآخر قيل : يتصرّف وحده ، بخلاف ما لو أوصى إليهما معاً ، فأنه ينعزل القابل بردّ صاحبه ، وفى الفرق نظر ، لأنَّ الضم قد حصل فى الموضعين ، فإن كان شرطاً ثبت فيهما وإلاّ انتفا فيهما » وتبعه على ذلك المحقق الثانى ، بعد أن حكى القيل المزبور عن التذكرة .

قلت : قد يفرّق بينهما بظهور المعية فى وصاية المجتمعين وكونهما معا الوصى بخلاف غيره ، فانّه ظاهر فى الاستقلال ، حتّى لو قبلا معا ، فان تعدد الاولياء كما هو ظاهر العبارة غير عزيز ، وكذا الكلام فى الوكالة ولو سلّم فالمراد شركته على تقدير قبوله ، نحو ما لو قال لزيد أوصيت اليك ، ثمّ قال ضممت إليك عمروا ، فانه كما فى القواعد ان قبل عمرو شارك ، وإلاّ استقلّ زيد ، ولو قبل عمرو خاصة لم يكن له الانفراد لو جعله مضموما ، وهل ينعزل أو يضم اليه الحاكم ؟ فيه نظر ، كما فى الدروس ، وجزم الفاضل بالثانى .

وعلى كل حال فالانصاف اختلاف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، التى ليس من وظائف الفقيه تنقيحها ، والتحقيق ما عرفت ، ومنه يعلم أن الناظر المستعمل فى زماننا ليس وصيا مستقلا ، بل ولا شريكا فى الوصاية لعدم ظهور عبارة الموصى فيه بل لعلّها ظاهرة فى إرادة الصرف باطلاعه ، وقد تعرّض له بعض الأصحاب كالمحقق الثانى حيث قال :

«ويجوز أن يوصى الى واحد ، ويجعل آخر مشرفا عليه ، ولا يكون للمشرف شيء من التصرفات لكن يشترط صدورها عن اذنه ، ولو امتنع ، فهل يستقل الوصى ؟ فيه وجهان أقربهما لا ، بل يرفع الأمر الى الحاكم » .

قلت : التحقيق فيه كونه أيضا مختلفا بختلاف الأشخاص والأزمنة والأمكنة والأحوال ، ومن هنا لم يمكن ضبطه بحال ، فانه قد يراد اطلاعه فقط ، لئلا يخون الوصى ، وقد يراد نظره فى الصرف والمصرف ، وقد يراد غير ذلك ، والحكم يختلف باختلافه ، حتى مدخلية الحاكم فيما لو مات أو جنّ مثلا ، وعدمها ، ثمّ المراد باجتماعها اتفاقهما على الرأي على وجه يحكمان بكونه مصلحة ، وايقاع العقد لو احتيج اليه عن رأيهما بمباشرة أحدهما ، وإذن الآخر ، أو غيرهما باذنهما .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو تشاحّا ﴾ على وجه لا ينافي عدالتهما ، بناء على اعتبارها ، لتخيل كلّ منهما الصلاح في ضدّ ما يقوله الآخر ﴿ لم يمض ما ينفرد به كلّ واحد منهما عن صاحبه ، إلاّ ما لا بدّ منه ، مثل كسوة اليتيم ومأكوله ﴾ والرقيق والدواب واصلاح العقار ، وشراء كفن الميّت ، ونحو ذلك ممّا لا يمكن تأخيره الى وقت الاتفاق ، بل عن بعضهم زيادة قضاء ديونه ، وانفاذ الوصيّة المعينة ، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع ، والخصومة عن الميّت ، وله عن الطفل ، وله الحاجة ، وردّ الوديعة المعينة والعين المغصوبة .

وفي القواعد الفرق بين صورتي الاطلاق ، والنهي عن الانفراد ، فيجوز ذلك ، في الأوّل ، ولا يجوز في الثاني ، وفيه أنه لا فرق بينهما بعد تنزيل الإطلاق على عدم جواز الانفراد إلاّ بالظهور والصراحة ، وذلك لا يصلح فارقا ، كما أنه قد يناقش فيما قبله بأنّ ذلك لا ضرورة تقتضي فعله قبل الرجوع الى الحاكم ، أو عدول المؤمنين ، بل الأول أيضا كذلك ، فالمتّجه ما عن المبسوط والحلبي من عدم جواز الانفراد مطلقا حتى في كسوة اليتيم ومأكوله امتثالا لنهي الموصي عنه .

نعم قد يتّجه ذلك فيما تشتد الضرورة إليه ، على وجه لا يمكن الوصول الى الحاكم أو من يقوم مقامه ، فيتولاّه حينئذٍ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبة لا من حيث الوصاية ، ولعل الضابط ذلك ، وهو خارج عما نحن فيه من انفراد أحدهما من حيث الوصاية .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا ريب في أنّ - ﴿ للحاكم ﴾ الشرعي المعدّ لحسم أمثال ذلك ﴿ جبرهما على الاجتماع ﴾ مع الامكان من غير استبدال ، لعدم ولاية له فيما فيه للميّت وصيّ ، وعن الحلبي أنه يرد الحاكم الى أعلمهما وأقومهما ، ويجعل الثاني تبعا له .

وأشكل بأنّ فيه تخصيصا لأحدهما بالنظر ، وقد منعه الموصي ، وقد يدفع بأنّ المراد الاجبار على الاجتماع الّذي منه ردّ غير الأعلم الى الأعلم ، ونحو ذلك مما مرجعه الى رد المرجوح في نظر الحاكم الى الراجح ، ولعلّه بذلك لا يكون منافاة بين القولين .

﴿ فان تعاسرا ﴾ على وجه يتعذر جمعهما ﴿ جاز له الاستبدال بهما ﴾ حذراً من الترجيح بلا مرجح ، وصوناً لوصايا الميت عن التعطيل ، وحفظا للمال عن التلف ، ولبقاء

المال بلا وليّ بعد فرض تعذر الاجتماع الّذي هو شرط ولايتهما فينتفى المشروط بانتفائه ، ويكون حينئذٍ وجودهما بمنزلة عدمها .

وفى الدروس «وله عزل أحدهما والضم اليه ، وليس لـه جعله منفرداً » وقال الحلبى «له جعله منفردا اذاكان أعلم وأقوى ، فيتبعه الباقون من الاوصياء » هذا ولكن فى الروضة «كذا أطلق الأصحاب ، وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصى ، أما معه فلا ، لأنهما بتعاسرهما يفسقان ، لوجوب المبادرة الى انفاذ الوصية مع الامكان فيخرجان بالفسق عن الوصاية ، ويستبدل بهما الحاكم ، فلا يتصور اجبارهما على هذا التقدير ، وكذا لو لم نشترطها ، وكانا عدلين ، لبطلانها بالفسق حينئذٍ على المشهور نعم لو لم نشترطها ، ولاكانا عدلين أمكن اجبارهما مع التشاحّ » .

وفيه أنَّ تشاحهما اذاكان مستندا الى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحة لا التشهيّ والمعاندة لا يقتضى الفسق . لكن يرد حينئذ أن جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع محل نظر ، فاشتراط العدالة لا يتم مع التعاسر الّذي كان للحاكم معه اجبارهما ، وقد يدفع كما فى بعض حواشى الروضة – بأنه لا مانع من التزام جواز جبر الحاكم لهما بما هو الأصلح عنده فى نظره ، ومع التساوي يتخير، وهذا لا ينافى عدالتهما وفيه أنَّ جبر الحاكم لا يكون الاّ مع امتناع المخالف على ما يجب عليه ، ومع فرض عدالتهما وكون تكليفهما الرجوع الى الأصلح فى نظر الحاكم لا امتناع منهما ، فلا جبر ، فالأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما فى التعاسر المفروض ، كما أنَّ الأولى التصريح بالتفصيل على القول باشتراط العدالة ، بأنَّ التشاحّ إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما ، وإن كان يوجب الإختلال بالواجب مع إمكان الإجتماع يلزم فسقهما إن أصرّا على ذلك ، إذا لم يثبت كونه من الكبائر ، ولعله مراد من أطلق ممّن اشترطها من الأصحاب .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو أراد قسمة المال بينهما ﴾ ﴿ حيث يجب عليهما الاجتماع ﴿ لم يجز ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، لأنّه خلاف مقتضى الوصيّة من الاجتماع في التصرف ﴿ ولو مرض أحدهما ﴾ أو عجز على وجه لايقوى على القيام بتمام ما أوصى

اليه ، ولو بالتوكيل والاستيجار ﴿ ضم اليه الحاكم من يقويه ﴾ ويعينه على ما كلّف به على حسب ما تسمعه فى شرح قوله «ولو ظهر من الوصى عجز» الى آخره .

وفى الدروس : اطلاق كون الضم الى الآخر بالعجز ، لا إلى العاجز ، بل عن الكفاية أنَّ ذلك هو الأشهر ، وتظهر الثمرة فى وجوب قيام ثلاثة على التصرف فى الوصية على الأوّل ، واثنين على الثانى ، وفى المسالك «امكان حمل كلامه على العجز بالكلية لا فى الجملة ، وهو جيد ، وإلاّ لأشكل بأن العجز في الجملة لا يخرج الوصى عن الوصاية ، لجواز الوصية إلى العاجز كذلك ابتدأ .

بل عن التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه ، فكذا في الإستدامة بل أولى من الإبتداء بذلك كما هو واضح .

﴿ أما لو مات أو فسخ ﴾ مثلا على وجه ينعزل عن الوصاية ﴿ لم يضم الحاكم الى الآخر ، وجاز له الانفراد ﴾ كما عن الأكثر على ما فى محكى الشرائع للصيمرى والكفاية ﴿ لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود وصيّ ﴾ وشرطية الشركة — الّتي مقتضاها انتفاء المشروط بانتفائها ، فتنتقل الولاية إلى الحاكم — مقيدة بحسب العرف والعادة ببقاء كلّ منهما على قابلية الوصاية ، فكأنّه قال : كلّ وصى على الإشتراك بشرط بقاء كل منهما على قابلية الوصاية ، ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ مما سمعت ومن أنَّ ظاهر الشرطية عدم رضى الموصي برأي أحدهما منفردا ، والوصى إنّما هما معاً ، لا أحدهما منفرداً ، فلا بد أن ينضم إليه أمين ، ومن هنا كان ذلك خيرة الفاضل في قواعده ومحكى إرشاده وتحريره والشهيدين ، وفاضل الرياض ، بل هو المحكى عن فخر الدين وجماعة .

إلاّ أنه لا يخفى عليك ما فيه ، بعد ماعرفت من تقييد الاشتراط بذلك ، وإلاّ كان مقتضى ما ذكروه انتفاء (وصـاية) الآخر أيضاً ، ضرورة كونها مشروطة بشرط ، والفرض انتفاؤه فيستقلّ الحاكم بالوصاية ، وبقاء أحدهما كعدمه حينئذٍ لعدم الاذن له فى هذا الحال كما لو تشاحّا .

ومن ذلك يعلم الحال فيما فرّعه في الرياض على الثاني بعد ان اختاره «من أنه هل للحاكم أن يفوّض جميع الولاية الى الثاني منهما بدلا عن الضميمة ، تنزيلاً له مقامها ، وجهان : من أنّ النظر قد صار للحاكم ، فيولى من اختاره ، ومن أنّ الموصى لم يرض برأي الآخر على الانفراد ، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر اليه ، وإلاّ لزم التبديل المنهى عنه فى الشريعة ، وهذا أجود ، بخلاف ما لو حصل لهما معا العجز أصلا ، فان للحاكم أن ينصب من قبل الموصى ، ولم يرض برأيه منفردا كما مضى ،وهنا قد انقطع نظره لعجزهما وصار النظر إليه ، كملاً ، فله نصب من شاء ولو واحدا – إذلا يخفى عليك أن الموصى لم يرض برأي أحدهما إلاّ مجتمعا مع خصوص الآخر ، فـإذا تـعذر انتفت الوصاية من رأس ، واستقل الحاكم ، لا أنه يريد انضمامه الى شخص آخر ، أيّ شخص يكون ، كي يقوم أمين الحاكم مقامه ، وهو واضح بأدنى تأمل .

ومنه يعلم قوة ما عن الاكثر على ما عرفت ، من تقييد الشرطية بحال الامكان ، وإلاّ انفرد الآخر ، ولكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه ، ز والله هو العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو شرط لهما الاجتماع والانفراد ﴾ بمعنى أنه قد أذن له في كلّ منهما ﴿ كان تصرف كل واحد منهما ماضيا ولو انفرد ﴾ للاذن ﴿ و ﴾ كذا ﴿ يجوز أن يقتسما المال ويتصرّف كلّ واحد منهما فيما يصيبه ﴾ وفيما في يد صاحبه ﴿ كما يجوز انفراده قبل القسمة ﴾ بلا خلاف ولا اشكال فى شيء من ذلك ، لكون الفرض شمول الاذن ، أما لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع حينئذٍ نظر ، من مخالفة الشرط ، فلا يصح ، ومن اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأي كلّ منهما ، وشرط الانفراد اقتضى الرضا برأي كلّ منهما ، وهـو حاصل إن لم يكن هنا آكد ، فيكون شرط الانفراد رخصة لا تضييق .

وفي الرياض « وهذا ظاهر العبارة » والروضة « وهو حسن حيث تقوم قرينة على كون اشتراط الانفراد رخصة لا عزيمة ، ومع هذا لو حصل لهما حال الاجتماع نظر مخالف له حاله الانفراد ينبغى القطع بالمنع ، لجواز كون المصيب حالة الانفراد ، ولم يرض الموصى إلاّ به » .

قلت : كما أنه ينبغي القطع بمراعاة الانفراد ، وعدم التردد في الرأي مجتمعين مع اشتراط الانفراد الّذي لم تقم قرينة على ارادة الرخصة منه ، فانّ ذلك بمنزلة ما لو نهاهما عن الاجتماع ، فانه لا إشكال في اتّباعه عملا بمقتضى الوصيّة المنهي عن تبديلها ، والله هو العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ للموصى اليه أن يردّ الوصية ﴾ وإن كان قد قبلها ﴿ ما دام الموصى حياً ، بشرط أن يبلغه الردّ ﴾ كم أنّ للموصى عزل الوصيّ بلا خلاف أجده في الثاني ، للأصل والمعتبرة المستفيضة[1] في جواز الرجوع في الوصية ، الشاملة اطلاقا في بعض وفحوى في آخر لفروض المسألة .

بل وفي الأوّل من غير الصدوق في خصوص ما إذا كان الموصي أبا ، أو كان الأمر منحصرا فيه ، أي الموصى إليه ، فلم يجز الردّ فيهما لمكاتبة عليّ بن الريان[2] إلى أبي الحسن عليه‌السلام «رجل دعاه والده إلى قبول وصيته ، هل له أن يمتنع من قبول وصيّته ؟ فوقّع عليه‌السلام ليس له أن يمتنع » .

ومفهوم صحيح ابن يسار عن أبي عبد الله عليه‌السلام « في رجل يوصى اليه ، فقال : إذا بعث بها إليه من بلد ، فليس له ردّها ، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه[3] » .

ونحوه غيره ، وعن المختلف الميل إليه ، مؤيداً للأوّل بأنّ امتناع الولد نوع عقوق والثاني بأنّ من لا يوجد غيره يتعين عليه ، لأنه فرض كفاية الى أن قال : وبالجملة أصحابنا لم ينصّوا على ذلك فلا بأس بقوله .

وفي الرياض « وهو كذلك ان لم ينعقد الاجماع على خلافه ، ولا يمكن دعواه باطلاق عبائر الأصحاب بجواز الردّ مطلقا ، لعدم تبادر المقامين منه جدّا ، ومنه يظهر الجواب عن اطلاقات النصوص بذلك أيضا .

---

(١) الوسائل الباب — ١٨ — من أبواب أحكام الوصايا .
(٢) الوسائل الباب — ٢٤ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —١ .
(٣) الوسائل الباب —٢٣ — من أبواب أحكام الوصايا الحديث —٢ .

مضافا إلى وجوب حمل المطلق على المقيّد ، حيث تضمن شرائط الحجيّة كما هنا .

قلت : لكن يعتبر فيه المقاومة ، ولا ريب في عدمها هنا لتعدّد نصوص الاطلاق واتحاد خبر التقييد ، واعتضاد الأوّل باطلاق الفتاوى الذي لا وجه لدعوى عدم شموله لذلك ، خصوصا بعد معلومية خلاف الصدوق عندهم ، فيمكن حينئذٍ دعوى كون الاطلاق كالصريح فيما نحن فيه ، والعقوق مبنيٌّ على أمر الوالد بذلك على وجه يؤذيه عدم القبول وعلى وجوب طاعة الولد في مثل ذلك ، وان كان هو الظاهر ، لاطلاق ما دلّ على وجوبها من الكتاب والسنّة ، لكن محل البحث عدم قبول الوصيّة من حيث كونها كذلك لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول ، ويمكن حمل المكاتبة المزبورة على ذلك ، بل لعلّه الظاهر منها ، فتخرج حينئذٍ عن محلّ البحث .

ودعوى أنّ مجرّد ايجاب الوصية طلب للقبول على وجه الحتم ممنوعة ، على أن مقتضى ذلك تعميم الحكم للآباء وإن علوا ، والأمّهات وإن نزلن ، وهو خلاف ظاهر القائل .

ثم إن الولد لو ردّ حيث يأمره الوالد بالقبول يأثم ، ولا يكون وصيا ؟ أو أنّ ردّه كلا ردّ وجهان : أقواهما الأوّل ، ودعوى كون قبول الوصاية من فروض الكفاية كي يتعين مع الانحصار واضحة المنع ، خصوصاً بعد قيام الحاكم بامثال هذه الامور فالمتّجه حينئذٍ جواز الردّ مطلقاً مع الشرط المزبور .

قال الصادق عليه‌السلام في خبر محمد بن مسلم [1] : « إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب ، فليس له أن يردّ وصيته ، وأن أوصى إليه وهو بالبلد ، فهو بالخيار إن شاء قبل وان شاء لم يقبل » .

وفي خبر منصور بن حازم [2] « إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب ، فليس له أن يردّ عليه وصيته ، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره » إلى غير ذلك ممّا هو دالّ منطوقاً أو مفهوما على جواز الردّ

(١ و٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١ -٣ .

نعم الظاهر أنّ المراد بالغيبة والحضور في النصوص :المزبورة الكناية عن بلوغ الردّ إليه وهو حيّ ، للإجماع على مدخلية ذلك ، وللتعليل في خبر منصور مؤيداً ذلك كلّه بفتاوى الأصحاب .

وبالرضوى[٣] «اذا أوصى رجل إلى رجل وهو شاهد ، فله أن يمتنع من قبول الوصية وإن كان الموصى إليه غائباً ومات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى اليه ، فان الوصية لازمة له» .

نعم فى المسالك ، وكذا الرياض : هل يشترط مع بلوغ الموصى الردّ ، إمكان إقامته وصيا غيره ، أم يكفى مطلق بلوغه حيّا ؟ ظاهر الفتاوى الثانى ، ومقتضى التعليل الأول ، لأنه إذا لم يمكنه نصب وصى آخر يكون بمنزلة ما لو لم يعلم بالردّ ، والأجود اعتبار الامكان ، كما يرشد إليه قوله عليه‌السلام «لوكان شاهدا» الى آخره ، فانّ العلة المنصوصة تتعدّى على الأقوى ولانتفاء الفائدة بدونه ، فعلى هذا لوكان حيا ولا يمكنه نصب أحد ولو بالاشارة لم يصح الردّ ، ولو أمكن ولكن كان المنصوب غائبا بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البيّنة ، ولم يحضر الموصى من يثبت به الوصاة ، ففى تنزيله منزلة عدم التمكّن من الوصاة وجهان : من حصول أصل القدرة وتحقق الشرط ، ومن انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته .

قلت : لكن قد يناقش بكون المنساق من التعليل إرادة بيان واقع ، فهو شبه الحكمة ، لا أنّ المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره ، ضرورة عدم لزوم طلب غيره ، إذ قد لا يريد وصية غير هذا الذى ردّها ، فاستصحاب بقاء الردّ بحالة حينئذٍ ، من غير فرق بين المتمكن وغيره من حيث البيّنة وغيرها ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو مات ﴾ الموصى ﴿ قبل الرّد أو بعده ولم يبلغه لم يكن للردّ أثر ، وكانت الوصية لازمة للموصى ﴾ بلا خلاف أجده فيه فيما لوكان قد قبلها قبل الرد ، بل فى المسالك ومحكى المبسوط والخلاف والتذكرة الاجماع عليه بل وإن لم يكن قد قبلها على المشهور بين الأصحاب ، بل عن صريح الغنية ، وظاهر الدروس الاجماع عليه لما سمعته من النصوص السابقة .

(١ و ٢) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث -١-٣.

(٣) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٣.

وخبر هشام بن سالم[١] عن أبي عبدالله عليه‌السلام « في الرجل يوصى إلى رجل بوصيّة ، فيكره أن يقبلها ، فقال أبو عبد الله : لا يخذله على هذا الحال» .

وخبر الفضيل[٢] عنه عليه‌السلام أيضاً «في الرجل يوصى إليه قال : إذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردّها » إلى غير ذلك من النصوص المحمولة على التفصيل المزبور لما عرفت ، خلافا للفاضل في المختلف والتحرير فجوّز الرد أيضاً بعد أن اعترف بنسبة عدم الجواز إلى الأصحاب كافة ، ومال إليه في المسالك ، للأصل المانع من اثبات حقّ على الموصى إليه على وجه قهريّ ، وتسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء ، ولاستلزام ذلك الحرج العظيم ، والضرر الكثير في أكثر مواردها ، وهما منفيان بالآية[٣] والرواية[٤] ، ولعدم صراحة النصوص في الدلالة على المطلوب ، لاحتمال حملها على الاستصحاب : أو سبق القبول ، أو نحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه ، بخلاف إثبات مثل هذا الحكم العظيم المخالف للأصول العقلية والشرعية بمثل ذلك .

وفيه أنّ ذلك كله كالاجتهاد في مقابلة النص ، ضرورة الخروج عن الاصل المزبور بالدليل من النص والاجماع وغيرهما ، والحرج والضرر مع فرض عدم إمكان تحملها يسقط التكليف معها ، كما عن التنقيح التصريح به ، وهو غير ما نحن فيه ، وإلاّ لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل ، وعدم الصراحة لو سلّم لا ينفى أصل الاستدلال ، إذ أكثر الفقه مبنيٌّ على الظواهر ، والمحملان لو سلّم إمكان الجمع لها ، إنّما يرتكبان بعد قوّة المعارض وليست ، بل الأمر بالعكس كما عرفت .

ومما ذكرنا في الحرج والضرر ، يعلم ما في المسالك حيث أنه بعد أن مال إلى قول الفاضل قال : «ولو حصل للوصيّ ضرر ديني ، أو دنيوي ، أو مشقة لا يحتمل مثلها عادة ، أو لزم من

(١ و٢) الوسائل الباب – ٢٣ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –٥ –٤ .
(٣) سورة الحج الآية –٧٨ .
(٤) الوسائل الباب – ١٧ – من أبواب الخيار .

تحملها ما لا يليق بحالة من شتم ونحوه ، قوى جواز الرجوع» وظاهره أنه كذلك على القولين ، إلاّ أن المتّجه بناء على عدم جواز الرجوع الاقتصار في الضرورة على قدرها ، لا ردّ الوصية وفسخها كما ستعرفه في مسألة العجز وغيره من نظائر المسألة ، بل في خبر إسماعيل قال[1] : «سألت الرضا عليه‌السلام عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه وأخويه شهد الابن وصيّته ، وغاب الاخوان فلمّا كان بعد أيّام أبيا أن يقبلا الوصية ، مخافة أن يتوثّب عليهما ابنه ، ولم يقدرا أن يعملا بما ينبغي ، فضمن لهما ابن عم لهما ، وهو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه ، وقد اشترطا عليه ابنه ، فقالا نحن برآء من الوصيّة ، ونحن في حلّ من ترك جميع الأشياء والخروج منه ، أيستقيم أن يخليا عما في أيديهما ويخرجا منه ؟ فقال : هو لازم لك ، فارفق على أيّ الوجوه كان ، فانّك مأجور» ولعلّ ذلك يحل بابنه إيماء إليه ، بناء على أنّ الخطاب فيه لأحد الوصيّين .

ثم إنَّ الظاهر اعتبار اللفظ أو ما يقوم مقامه في إفادة إنشاء الرّدّ ، فلا يكفي فيه مجرد عدم الرضا الباطني ، نحو ما سمعته في اجازة الفضولي ونحوها مع احتماله ، إلاّ أنَّ الأول هو الأقوى ، للأصل المقتصر في انقطاعه على المتيقن .

ومنه يعلم صحّة الوصيّة لمن يعلم عدم رضاه بقبولها لو علم ، مع اخفائها الى أن مات الموصي ، بل لو ردّها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرّد ، ثم أوجب الموصي بعد الإيجاب المردود ، ثمّ أخفاه إلى أن مات اتّجه لزومها له ، لعدم العبرة بما في نفسه ، بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضي الردّ مع عدم علمه بالايجاب ، لكن يقوى في النظر خلافه ، والله العالم . فتأمل جيداً ، بأني لم أجد تحريراً لذلك في كلماتهم .

﴿ ولو ظهر من الوصي عجز ﴾ عن الاستقلال بانفاذ الوصية أو هرم أو غير ذلك من موانع الاستقلال ، ولو على جهة التوكيل والاستيجار ﴿ ضمّ إليه مساعد ﴾ ، ولا ينعزل بذلك . بلا خلاف أجده فيه بل عن التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه ، بل الظاهر جواز

(١) الوسائل الباب – ٢٣ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٦ .

الوصاية للعاجز ابتداء كما عن التذكرة نسبته إلى أصحابنا ، وفي القواعد وإن ذكر كفاية الوصيّ واهتدائه إلى ما فوض اليه في شرائطه ، لكنه صرح بارداة شرطية ذلك في الاستقلال دون أصل الوصيّة ، وكذا شارحه الكركي .

نعم في الدروس سابعها : أي الشرائط كفاية الوصيّ ، فلو أوصى إلى هرم يعجز عن التصرف أو إلى مريض مدنف أو إلى سفيه ، ففي بطلانها من رأس ، أو صحتها ويضم اليه الحاكم مقوما نظر ، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن ، ومن عدم الفائدة المقصودة بالوصية – لكن قال : – ولو عرض العجز في الأثناء ضم الحاكم إليه قطعا ، ولا ينعزل» .

وفيه أنّ عدم انعزاله بالتجدّد ، يقتضي مانعيته في الابتداء ، وأنه يمكن أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير ، ولكنه عاجز عن الاستقلال ، فيفوض إليه الموصى أمره لذلك ، ويعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له مُعينا لتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية ، ويسلم من تبديلها المنهيّ عنه ، بل قد يفرض غير ذلك من الأغراض والفوائد على وصايته – وان كان عاجزاً – نظراً وتدبيراً فضلاً عن عجز المباشرة بنفسه أو بغيره ، وبالجملة عمومات الوصاية واطلاقاتها تقتضى جواز الوصاية لمثل ذلك ، والأغراض الباعثة عليه كثيرة ، ولا يحتاج إلى تقسيم العجز إلى اقسام ، وكثرة الكلام في تشقيقه على وجه لا فائدة فيه .

انما البحث في أنّ هذا الضم باعتبار قصور ولايته ، فتكون الولاية التامة مشتركة بينه وبين الحاكم الّذي تكون له الولاية خاصة ، بعد فقد الوصى ، أو أنّ الولاية بتمامها للوصى ، ولكن يضم إليه مساعداً على ما كلف به ، وجهان بل قد يقوى في النظر الثاني لعدم معهوديّة شركة الحاكم وغيره في الولاية ، بل حال الوصى حال الأب العاجز مثلاً ، فانّ الظاهر عدم شركة الحاكم له ، وان ضمّ إليه مساعد أيضا ، بل إن لم يقم اجماع على اعتبار الضم من الحاكم ، أمكن القول بوجوبه كفاية على الناس ، للأمر بالمعاونة على البرّ والتقوى وغيره ممّا دلّ على ذلك ، ويكون ذلك هو النكتة في بناء الضم للمجهول في المتن لا ما في المسالك من أنه اتكالا على المعلوم من قيام الحاكم بهذه الوظائف ، ولبيان أنّه مع التمكن من الحاكم يقوم عدول المؤمنين مقامه في هذا الضم ، كما يقومون مقامه في غيره من ولاياته .

ومما ذكرنا يعلم أنّ الوجه مع زوال العجز يستقلّ الوصيّ ، وليس للمساعد مشاركته قهرا ، وإن قال في جامع المقاصد : «انَّ في ذلك وجهين» كما أنه علم مما ذكرنا حال العجز ابتداء ، وفي الأثناء ، بل لعلّ قول المصنف «ولو ظهر» ظاهر في الأول ويمكن شموله لهما معا ، وكذا علم حال العجز عن النظر والتدبير ، أو عن المباشرة وعن التوكيل والإستيجار وعدمه ، فتأمل جيداً ، فانَّ ذلك كلّه غير محرَّر في كلماتهم والله العالم

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿إن ظهر منه﴾ : أي الوصيّ ﴿خيانة﴾ في وصيّته ﴿وجب على الحاكم عزله ، ويقيم مكانه أميناً﴾ بل في المسالك «إنما يتوقف على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته ، فللحاكم حينئذٍ أن يعزل الخائن ، مراعاة لحق الأطفال وأموال الصدقات ونحوهما ، أما إذا اشترطنا عدالته ، فإنه ينعزل بنفس الفسق ، وإن لم يعزله الحاكم ، وقد تقدم مثله ، ولعل المصنف يريد بعزل الحاكم منعه من التصرف ، أو ما هو أعم منه ، ومن مباشرة عزله ، فيجري على المذهبين إذ لم يتقدّم منه ترجيح لأحد المذهبين» انتهى ، وظاهره أنَّ الخيانة في الوصية غير باقي أسباب الفسق فإنَّ الحاكم يعزله ، وان لم يشترط العدالة في الوصي ولعل وجهه ما سمعته سابقا في أول الشرائط من خبر الدعائم [١] ، وأنَّ ظاهر حال الموصى ملاحظة أمانته في تنفيذ وصاياه ، فمع فرض خيانته في ذلك لا ولاية له من الموصى ، فهو كما لو أوصى إلى عدل من حيث عدالته ففسق ، فإنه لا وصاية له ، وان لم نقل باشتراط العدالة ، لكن قد يشكل ذلك فيما إذا علم الموصى بحاله ، ومع ذلك قد أوصاه فيما له الوصاية عليه وإن كان خائنا ، ويشكل أيضا في اقتضاء ذلك انعزاله حتّى فيما لم يخن فيه ، فيضمن حينئذٍ كلّ وصيّة أنفذها على وجهها ، بعد الخيانة ، بل قد يشكل أصل عزله بذلك ، بل أقصاه منع الحاكم له في استقلاله بالتصرف ، بل يجعل عليه ناظرا منفذا للوصايا معه على وجهها ، اللّهمَّ إلاّ أن يفهم من الموصى اشتراط وصايته بأمانته ، وأنّه متى خان لم يكن وصيا ، وحينئذٍ يتّجه منع الحاكم له ، ولا يحتاج إلى عزل ، وكذا الوكيل ، ولعل التمسك بأصالة بـقاء حكم الوصي عليه هو المتّجه ، فإنّه كالوكيل في المعنى ، بل هو أقوى ولاية ، ولم يثبت ما يقتضي انعزال الوكيل بمجرّد خيانته حتى لو جاء بباقي ما وكل فيه على وجهه ، فضلا عن الوصيّ وخبر الدعائم [٢] يمكن إرادة زوال الاستقرار بالتصرف فيه بالنسبة

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٢٨ .
(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٣٨ .

إلى الخيانة فالمتّجه حينئذٍ عدم بطلان وصايته ، وأولى منه بذلك المجتهد الأب والجدّ الـذين ولايتهم من الشارع ، فلا ترتفع بذلك ونحوه ، وإن منعوا من التصرف مستقلّين حتّى يتوبوا ، فإن تابوا رجعوا إلى حالهم الأول ، ولعل الوصيّ كذلك أيضاً .

نعم لو قلنا بانفساخ ايجاب الوصية بذلك ، كما المتّجه عدم عودها ، لعدم المقتضى ، إلاّ أن يفهم من الموصى ذلك ، وهو خارج عما نحن فيه فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الوصى أمين ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد نفيه بين أهل الاسلام ولا اشكال ، ضرورة كون استيلاء يده على ما أوصى عليه باذن مالكيه وشرعية ، فلا يكون إلاّ أمينا ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لا يضمن ما يتلف في يده إلاّ ما كان عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط ﴾ كما هو الحال في كل أمين ، واطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك ، ومنه ما استفاضت النصوص بتبديله الوصيّة ، كالصحيح [1] «عن رجل أوصى إلى رجل وأمر أن يعتق عنه نسمة بستمائة درهم من ثلثه ، فانطلق الوصيّ وأعطى الستّمائة درهم رجلا يحج بها عنه ؟ فقال عليه‌السلام : أرى أن يغرم الوصيّ من ماله ستّمائة درهم ويجعل الستمائة درهم فيما أوصى به الموصى» وربما كان فيه إيماء إلى عدم انعزال الوصى بالخيانة ، اللهم إلاّ أن يكون ذلك ليس منها ، بل هو شيء قد فعله الوصيّ بجهله ، بتخيل أنه أنفع للميت ، ولكن حيث كان تبديلاً للوصيّة لم يمض ، و وجب عليه الضمان ، وكأنّ المصنف أراد بمخالفة شرط الوصية ما يشمل التعدّى كما اعترف به في المسالك قال : «فإنه إذا لبس الثوب مثلا فقد خالف شرط الوصيّة ، لأن مقتضاها حفظ مال الطفل ، أو بيعه وصرفه في الجهة المأمور بها ونحو ذلك ، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصية ، ومثل ذلك ركوب الدابة وغير ذلك ، هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ماله من الولاية ، بحيث لا يتمّ بدونه كما لو ركب الدابّة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقف على الركوب ، أو دخل داره لاصلاح أمره ، أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود ، ونحو ذلك» انتهى ، والظاهر أنه من التفريط ، التكاسلُ في أمر الوصيّة والتهاون . والله العالم .

---

(١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ .

﴿ ولو كان للوصي ﴾ على وفاء الديون أو على ما يشمله على وجه له التخيير في جهات القضاء ﴿ دين على الميت ﴾ الذي هو وصيّة على الوجه المزبور ﴿ جاز أن يستوفي دينه ممّا في يده من غير إذن الحاكم ، إذا لم يكن له حجة ﴾ على إثبات حقّه ﴿ و ﴾ دينه ، بل الأقوى ما ﴿ قيل : ﴾ من أنه ﴿ يجوز مطلقاً ﴾ أي سواء كان له حجّة أولا ، وعن الشهيدين اختياره ، لأن فائدتها احتمال كذب المدعى ، والمفروض عدمه ، كما أن المفروض وصايته على وجه له التخيير في جهات القضاء ، فلم يكن اشكال في استيفائه ، ضرورة أولويّته مما حكى الاتفاق عليه من جواز ايفائه ما يعلمه من دين الأجنبيّ كذلك ، ولا يشكل ذلك بالأصل ، وموثقه يزيد بن معاوية[1] عن أبي عبد الله عليه‌السلام : «قلت له : إنّ رجلا أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي ذا قرابة له ففعل وذكر الذي أوصى أنّ له قبل الذي أشركه في الوصية خمسين ومائة درهم وعنده رهن بها جام فضّة ، فلما هلك الرجل أنشأ الوصيّ يدّعي أنّ له أكرار حنطة قال : إن أقام البيّنة ، وإلاّ فلا شيء له ، قال : قلت له : أيحلّ له أن يأخذ مما في يده شيئا؟ قال : لا يحلّ له ، قلت : أرأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له ؟ قال : «انّ هذا ليس مثل هذا» لانقطاع الأصل بما عرفت ، وخروج الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصيّة على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف من دون إذن الآخر ، الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون اثبات ، مع أنه لم يعلم الوصاية فيه على وفاء الدين ، والمقاصّة مع عدم علم المقتص منه ، وكون امتناعه على الشرع غير مشروعة ، وأنها موضوعها نحو ما في الخبر «الأخذ من مال من عدا عليك» ، «وأخذ مالك» المندرج في قوله تعالى[2] «من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» ومن هنا قال : إنّ هذا ليس مثل ذاك .

ومن ذلك يعلم أيضاً الفرق بين موضوع الفرض وبين الأجنبيّ الذي له دين ضرورة كون الفرض أنّ الديّان الوصي الّذي له الولاية على وفاء الدين ، بأي فرد شاء من أفراد التركة ،

---

(١) الوسائل الباب – ٩٣ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

(٢) سورة البقرة الآية ١٩٤ .

بخلاف الأجنبيّ ، فإنه لا ولاية له على ذلك ، ولذا جعل الأصحاب موضوع المسألة الوصيّ .

نعم قد استدلّ بعض الناس له بالمقاصّة ، وبأنه محسن في استيفاء الدين «وما على المحسنين من سبيل[1] » ومقتضاهما عدم الفرق بين الأجنبي والوصى في ذلك ، ويتأتى البحث حينئذٍ في اشتراط المقاصّة بإذن الحاكم وعدمه ، مع اختلاف الجنس أو مطلقاً ، وبعدم التمكن من قيام البيّنة وامكانه ، وإن كان قد يقوى في النظر عدم اشتراط شيء من ذلك في الممتنع ، عملا باطلاق أدلّة المقاصة من غير فرق بين المديون نفسه ووارثه لاطلاق أدلّة المقاصة [2] ، وكذا من تعذّر له الوصول إلى حقه ، لعدم البيّنة المثبتة مثلاً ، وإن لم يكن امتناع فإنه يرجح حقّه على غيره بقاعدة نفي الضرر والعسر والحرج ونحوها أما غير الممتنع الّذي يتمكن صاحب الحق من إثبات حقه عليه ، فقد يشكل مقاصته من غير إذنه ، باعتبار اقتضائها اسقاط حقه من تخيير الوفاء بأي جنس شاء ، من غير فرق أيضاً بين المديون ووارثه .

ولعله لذا فصّل المصنف هنا والحلّي والفاضل فيما حكى عنهما بين صورتي العجز عن الإثبات وعدمه ، فيقتصّ في الأول ، دون الثاني ، وهو جيّد ، لكنك قد عرفت أن موضوع المسألة هنا الوصى الّذي قد عرفت عدم جريان هذا التفصيل فيه باعتبار ولايته على استيفاء الدين على وجه له التخيير ، أللهم إلاّ أن يكونوا جعلوا موضوعها الوصيّ المساوى للأجنبي ، وهو الّذي لم يجعل وصياً على وفاء الدين ، فيتّجه حينئذٍ لهم هذا التفصيل بل لعلّ منه أيضاً الوصى على وفاء الدين الذي لم يجعل التخيير في الوفاء إليه ، فإنه حينئذ كالأجنبي ، بل لعلّ من أطلقت وصايته على وفاء الدين كذلك ، فان الاطلاق لا يقتضى تخييره في الأفراد من غير إذن الوارث ، فيبقى حقه في التخيير .

ومن ذلك كلّه يعلم لك الحال في جميع شقوق المسألة ، كما أنّه يعلم لك الحال فيما أطنب فيه في الرياض ، مع أنه لم يأت بشيء كما لا يخفى على من لاحظه . والله العالم والموفّق .

---

(١) سورة التوبة الاية — ٩١

(٢) الوسائل الباب — ٨٣ — من أبواب ما يكتسب به .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لنفسه من نفسه ﴾ باعتبار ولايته على المال الذي يريد شراءه بالوصاية من غير فرق بين كونه مال طفل أو غيره ﴿ تردد ﴾ وخلاف ، فالمشهور على الأول لوجود المقتضى الذي هو صدور العقد من أهله في محلّه ، فتشمله العمومات والاطلاقات ، وانتفاء المانع ، إذ لم يثبت اشتراط التغاير الحقيقى بين الموجب والقابل ، بل مقتضى العمومات نفيه ، ولذا جاز شراء الأب من مال ولده ، وجاز في النكاح الذي هو أعظم من هذا المقام ، مع أنّه يمكن فرضه في التوكيل عن نفسه ، أوعن من هوولّي عنه ، ألّلهمّ إلاّ أن يلتزم الخصوم بجواز مثل ذلك ، أو بمنع كونه تعددا حقيقيا ، ضرورة كون لفظ الوكيل لفظ الموكل ، فالعمدة في الدليل الا ول ، مضافاً إلى الخبر[1] المنجبر قصوره بعمل الأكثر ، وفيه «هل للوصى أن يشترى من مال الميت ، إذا بيع فيمن زاد يزيد ، ويأخذ لنفسه ، فقال : يجوز إذا اشترى صحيحاً» .

وقيل كما عن الخلاف والحلّي لا يجوز ، لوجوب التغاير بين الموجب والقابل ، وهو مفقود ، وقياسه على شراء الأب من مال ولده قياس ، ولما عن ابن مسعود[2] «من أنّ رجلا أوصى إلى رجل ببيع فرس له ، فاشتراه الوصى لنفسه ، واستفتى عبد الله بن مسعود فقال : ليس له ذلك» وفي محكيّ الخلاف بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود قال : ولا يعرف له مخالف ، وللأخبار[3] المانعة عن شراء الوكيل لنفسه الذي هو بمنزلة الوصى .

وفيه منع اعتبار التغاير حقيقة كما هو مقتضى الاطلاقات والعمومات ، فيكفي حينئذ التغاير الاعتباري نحو ما في شراء الأب من مال ولده الصغير الثابت بالاجماع حتّى من الخصم ، وكذا النكاح بل عن الطوسي دعوى الاجماع على الاكتفاء به فيه ، والاستدلال بهما على المطلوب ليس من القياس ، بل من اتحاد طريق المسألتين ، بل لعل المقام أولى من النكاح في الجواز ، ولا أقل من أن يكون ذلك عاضداً للاطلاقات والعمومات وكاشفاً عن إرادة العموم منها على وجه يشمل ذلك ، وخبر ابن مسعود بعد أن لم يكن مسنداً إلى من يجب اتباعه لا حجّة فيه ،

---

(١) الوسائل الباب – ٨٩ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٣٨ .

(٣) الوسائل الباب – ٦ – من أبواب آداب التجارة .

وعدم وجدان المخالف له لا يصيّره اجماعا ، وأخبار الوكيل بعد فرض القول بها فيه يمكن الفرق بينه وبين الوصي بثبوت الولاية للثاني بخلافه ﴿ و ﴾ قد ظهر من ذلك كلّه أن ﴿ الأشبه ﴾ بأصول ذلك المذهب وقواعده ﴿ الجواز ﴾ لكن ﴿ إذا أخذ ﴾ أي الوصيّ ﴿ بالقيمة العدل ﴾ ولم يكن ثمّة من يزيد عليه لوجوب مراعاة المصلحة في ذلك خصوصا بعد قوله تعالى [1] «ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن» وقد تقدم تمام الكلام في باب البيع والرهن والحجر و غيرها في هذه المسائل وفي جواز اقتراض الوليّ المال مع الملاءة والرهن وعدمها فلاحظ وتأمل والله هو العالم .

﴿ وإذا أذن ﴾ الموصى ﴿ للموصى أن يوصى ﴾ على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق أو غير ذلك ﴿ جاز اجماعاً ﴾ بقسميه لعموم «من بدّله» وغيره ، فيكون حينئذ وصيّا عن الوصيّ لا عن الموصى ، فيجوز له الرجوع عنه ما دام حيّاً ، وهل يجوز نصب وصى عن الموصى مع التصريح من الموصى بذلك وجهان : لا يخلو أولها من قوة .

وعلى كل حال لا إشكال في الجواز في الجملة مع الاذن ، كما أنّه لا يجوز له ذلك إذا نهاه لذلك أيضاً ﴿ و ﴾ انما الخلاف فيما ﴿ إذا لم يأذن له ، ولكن لم يمنعه ﴾ أيضا ﴿ فهل له أن يوصى ﴾ على ما بقى من وصايا الميت أو جميعها إن لم يكن قد أنفذ منها شيئاً ﴿ فيه خلاف ﴾ بين الأصحاب ﴿ أظهره المنع ﴾ وفاقا للأكثر ، لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك ، إذ الفرض عدم ظهور عبارة الموصي في ذلك ، بل قيل إنّ المتبادر من استدامة مباشرته بنفسه أو بوكيله الّذي هو بمنزلته ومجبور عمله بنظره ومندرج في وصايته ، دون الايصاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته ، الذي يكفي في عدم جوازه عدم ثبوت الاذن من الموصى الأول فيه ، فضلاً عما يقتضي عدمها ، خلافا للشيخ وابنى الـجنيد والبراج فجوّزوا الإيصاء له ، لأنّ الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حياً بالعموم كما يملكها بالخصوص ، ولأنّ الموصى أقامه مقام نفسه ، فيثبت له من الولاية ما يثبت له ، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت .

---

(١) سورة الإسراء الآية — ٣٤ .

ومكاتبة الصّفار[1] في الصحيح إلى أبي محمد الحسن عليه‌السلام «رجل كان وصيّ رجل فمات وأوصى إلى رجل هل يلزم الوصيّ وصية الرجل الذي كان هذا وصيّه ، فكتب يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله» .

بناء على أنّ المراد حق الإيمان على معنى أنه يلزمه الوفاء بحقّه إن كان مؤمنا ، فإنّ الله قد عقد الأخوة بين المؤمنين ، وهو مقتضى إعانة المؤمن وقضاء حوائجه فضلاً عن انفاذ وصيّته التي هي أهم من ذلك ، أو أنّ المراد يلزم الوصى الثاني أن ينفذ وصية الموصى الأول بسبب حقّه الذي على الوصيّ الثاني ، لأنه كان له ، أي للأوّل عليه حق من حيث الوصية ، فيجب على الثاني إنفاذ كل حقّ على الأوّل ، فينبغي قراءتها أن بفتح الهمزة حتى يكون منصوبا بنزع الخافض على الوجه الذي ذكرناه .

وفيه أنّ الأوّل مصادرة بل والثاني ، والصحيح محتمل لذلك ، ولارادة الوصيّة إليه بأن يوصى من حقه ، على أن يكون ضمير حقّه راجعاً إلى الموصى الأول ، فيكون الحاصل أنّ الوصيّة تلزم الوصى الثاني بحق الأوّل إن كان له ، أي للأوّل قبله ، أي الوصى ، حقّ بأن يكون قد أوصى إليه بأن يوصى له إذا حضرته الوفاة ، فانّه حينئذٍ يكون له حق الإيصاء عليه ، فإذا أوصى بها لزمت الوصيّ الثاني ، ومع تطرق الاحتمال يبطل الاستدلال .

بل في الرياض «أنّ الذي يظهر منها بعد تعمق النظر فيها كون المراد بالسؤال أنّ الوصى أوصى إلى الغير فيما يتعلق به وجعله وصيا لنفسه ، فهل تدخل في هذه الوصية ، وصية الموصى الأوّل ، فيلزم الوصيّ الثاني العمل بها أيضا ، أم لا ؟ فكتب الجواب بما مضى ، فلا وجه للإستدلال بها لكونها على هذا التقدير مجملة ، ومقتضاها حينئذٍ أنّه إن كان للموصى الأول قبله أي المُوصى الثاني حقّ من جهة وصيّته إليه بالإيصاء ، لزمه الوفاء به ، وإلاّ فلا ، ويكون المراد بالحق حق التوصية إلى الوصيّ الثاني ، بأن صرّح بالوصية ، فيرجع حاصل الجواب إلى أنّ وصيّة الأول لا تدخل في اطلاق وصية الموصى الثاني ، إلاّ أن يصرّح به ، وهو كما ترى غير

---

(١) الوسائل الباب – ٧٠ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ١ .

مورد النزاع ، و اطلاقها وإن شمله ، إلاّ أنه لا عبرة به ، بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره ؛ فيكون الخبر بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصيّة الوصيّ إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصى وعدمه مجملاً محتملاً ، لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضع المتيقّن المجمع عليه ، وهو صورة الإذن فيها لا مطلقا ، وإن كان هو كما ترى ، من صعوبة تطبيق الجواب حينئذٍ على سؤال .

وقد يحتمل قراءة قبل ظرفاً على أن يكون الحاصل أن الوصى الثاني يلزمه القيام بحقّ الموصى الأول إن كان له قبل الإيصاء إلى الثاني حق على وصيّته الأول ، بأن أوصى إليه بالإيصاء إذا حضرته الوفاة ، أما إذا لم يكن كذلك فإنه لا يلزمه ، لعدم الحق له حينئذٍ على الوصيّ الأول ، بل قد يحتمل غير ذلك ممّا لا يفيد الخصم ، ولو سلّم عدم رجحان شيء مما ذكرناه من الاحتمال بالشهرة ونحوها ، فلا أقل من المساواة المقتضية للاجمال ، المسقط للخبر عن الحجية ، فلا دليل يعتد به للخصم واحتمال الاستدلال له بأنه يكفي في الجواز عموم الوصية الّذي يكفي في تناولها عدم النهى عن الموصى عن الايصاء بعد أن أثبت له حق الوصيّة الّذي لم يعلم ثبوته له على وجه يصح له الايصاء به وعدمه ، فإذا أوصى شملته العمومات كما في الشك في كلّ مورد من موارد العقود يـدفعه عـدم العموم الصالح لمشروعية نحو ذلك مما هو تصرف في مال الغير الموقوف على إذنه ، فهو شبه توكيل الوكيل عن نفسه من غير نصّ من الموكّل على ذلك ، تمسكاً بعمومات الوكالة الّذي قد علم فساده في محله ، باعتبار معلومية توقف مثل هذا التصرف على الاذن من المالك فلا يشمله العمومات وبعينه آت في المقام ، كما أنّ به يفرق بينه وبين موارد العقود المشكوك في تناول العقد لها ، وأنّه لا يكفي عدم النهى في جواز الإيصاء ، بل لا بدّ من الاذن ، كما هو واضح بأدنى تأمل في الولي الذي ولايته بحسب توليه غيره إيّاها ، والفرض عدم خطاب منه يقتضى العموم ، وإلاّ كان خروجاً عن البحث ، فدعوى اقتضاء عموم[1] «من بدّله» تناول ذلك كما ترى ، على أنّ المنساق من الوصيّة عهد الإنسان فيما يتعلق به ، لا ما يشمل الغير الذي لم يثبت ولايته عليه في هذا المجال ، وبذلك يفرق بين وصاية الأب والجدّ وبين

(١) سورة البقرة الآية ١٨١ .

وصاية الوصى ، مضافاً إلى ما دلّ على صحة الوصاية منها على الطفل مثلا بخلافه .

بقي شيء تقدمت الاشارة اليه في الجملة ، وهو أنّه هل يكفي في صحة وصيّة الوصيّ بما أوصى إليه وقوع ذلك منه ، حملاً لفعل المسلم على الوجه الصحيح الّذي هو الاذن له في ذلك ، أو لا بدّ من ثبوت الايصاء بذلك بطريق شرعي ، فلا يكفي دعواه ، فضلاً عن مجرد فعله ، لأن الشك في الشرط شكّ في المشروط ، وأصالة الصحّة لا تجدي في اثبات شغل ذمة الغير ، وجهان ؛ بل مقتضى التفصيل في الصحيح المزبور بناء على ما قلناه في مقابلة بالجواز ، الثاني والله العالم .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فقد ظهر لك بطلان إيصاء الوصيّ من دون إذن ، فإذا مات الوصى ﴿ يكون النظر بعده إلى الحاكم ﴾ الّذي هو وليُّ من لا ولي له ، ونائبه الخاص أوالعام .

﴿ وكذا لو مات إنسان ولا وصى له ﴾ ولا ولي إجباري وله أطفال ووصايا وغير ذلك ممّا يحتاج إلى الوليّ ﴿ كان للحاكم النظر في تركته ﴾ بالوجوه الشرعية ، بل لعلّه المراد من الجواز في مثل المقام ﴿ ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به ﴾ على ما هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك ، للمعتبرة المستفيضة [1] المؤيدة بما دلّ على الحسبة وحسن الإحسان [2] ، و ولاية المؤمنين بعضهم على بعض [3] وغير ذلك .

ولكن مع ذلك قال المصنف وغيره ﴿ وفي هذا تردّد ﴾ بل عن ابن ادريس التصريح بعدم الولاية لهم على ذلك للأصل ، وفيه أنّه مقطوع بما عرفت ، بل لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل ، وإن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبة لا مطلقا ، بل ربما احتمل ذلك في العدل ، وظنّي أنه لا يخالف فيه ابن إدريس وان نفى الولاية عنهم ، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب والجدّ والحاكم ، لا مطلقاً ، وحينئذٍ يرتفع

---

(١) الوسائل الباب – ٨٨ – من أبواب أحكام الوصايا – الحديث ١ – ٢ .

(٢) سورة التوبة الآية ٩١ .

(٣) سورة التوبة الآية ٧١ .

النزاع على هذا التقدير اللّهم أن يمنع تقييد ولاية العدل بالحسبة ، وهو قوي أيضاً عملاً باطلاق النصوص الظاهرة في الولاية والنصب التي لا وجه لاحتمال كون ذلك فيها إذنا من الحاكم في بعض الخصوصيات ، ضرورة أنّه لا يخفى على من تأملها ظهورها في الاذن العامّ الذي هو من قبيل الأحكام الشرعية بل من قبيل نصب الفقيه الجامع للشرائط .

ففي خبر اسماعيل بن سعد الأشعري[1] قال : «سألت الرضا عليه‌السلام عن رجل مات بغير وصيّة وترك أولاداً ذكرانا وغلمانا صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجواري ؟ قال : نعم ، وعن الرجل يموت بغير وصية ، وله ولد صغار وكبار أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك ؟ فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ فقال : إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع ، وقام عدل في ذلك» .

وخبر محمد بن اسماعيل[2] «قال : مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصيّر عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعاً و جوارى فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ ، إذ لم يكن الميت صيّر إليه وصيّته ، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج ، قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه‌السلام ، وقلت له : يموت الرجل من أصحابنا ، ولا يوصى إلى أحد ويخلف جوارى فيقيم القاضي رجلا منا فيبيعهنّ ، أو قال : يقوم بذلك رجل فيضعف قلبه لأنهنّ فروج ، فما ترى في ذلك ؟ قال : فقال : إذا كان القيم به مثلك ، أو مثل عبد الحميد فلا بأس» .

وخبر زرعة[3] قال : «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عن رجل مات — وله بنون وبنات صغار وكبار — من غير وصيّة ، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة في الأذن لخصوص العدل في تولّي ذلك ، ضرورة الفرق بينه وبين غيره من الناس في الحسبة والمعاونة على

(١ و ٢) الوسائل الباب – ١٦ – من أبواب عقد البيع وشروطه .
(٣) الوسائل الباب – ٨٨ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث – ٢ .

البرّ والتقوى .

وعلى كلّ حال فمحل التردّد أو المنع غير ما يضطرّ إليه الأطفال والدّواب وحفظ المال المشرف على التلف ونحو ذلك مما هو واجب على الناس كفاية والله العالم

﴿ ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب ، لم يصحّ وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم ﴾ الصالح للولاية ﴿ دون الوصيّ ﴾ بلا خلاف أجده فيه في الجملة ، بل الظاهر الإجماع عليه ، لما عرفت من ترتب ولاية الوصى على ولاية الأب الصادق على الجدّ واشتراكهما في الولاية حال حياتهما – ولو مرّتين كما في جامع المقاصد والمسالك وإن كان الأصح خلافه ، سيّما في النكاح – لا يقتضي جواز تولية أحدهما على وجه يشارك الآخر بعد موته ، بل الأصل يقتضي عدم ذلك ، مضافاً إلى ما دلّ على ولاية الجدّ والأب[1] مما هو ظاهر في انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولاية أحدهما مع وصي الآخر ، وإلى ظهور اتفاق كلمة الأصحاب عليه .

إنّما الكلام في بطلان الوصية على الوجه المزبور من رأس كما هو أحد الأقوال في المسألة ، أو بطلانها في زمان حياة الجدّ ، فإذا مات ثبتت وصاية الوصى لعدم المعارض لها حينئذٍ ، أو بطلانها فيما عدا الثلث ، كما أشار إليه المصنف بقوله ﴿ وقيل : يصح ذلك في قدر الثلث ممّا تركه ﴾ لأنّ له اخراجه عن الطفل ، فله التولية عليه بالأولى ، ﴿ وفي أداء الحقوق ﴾ كوفاء الدين ونحوه مما لا مدخليّة له في ولاية الطفل ، ولاأقوى الأول لما سمعت من عدم ولاية للأب مع وجود الجد ، وبالعكس فلو صرّح أحدهما بوصاية الوصيّ بعد موت الآخر لم يكن صحيحاً لعدم الولاية له في هذا الحال ، ولو بالنسبة إلى الزمان المتأخر ، فضلاً عن محل الفرض ، وإن جوزنا التعليق في الوصية والتأخير في زمانها ، لكن فيما للموصى الولاية عليه ، ولا فرق بين الثلث وغيره بعد أن لم يخرجه عن ملك الطفل ، ضرورة صيرورته كباقي أموال الطفل الّتي ولايتها بيد الوليّ الإجباري ، وولايته على إخراجه عنه لا تقتضي جواز التولية عليه – وهو للطفل – المنافى لما دلّ على أنّ ولاية ماله لجدّه .

---

(١) الوسائل الباب – ١١ – من أبواب عقد النكاح و باب – ٨٨ – من أبواب أحكام الوصايا .

وهل تصح وصيّته في أداء الحقوق الّتي عليه من ديون ونحوها كما جزم به في المسالك ، بل حكى الإجماع عليه لعدم معارضته للجدّ في ذلك ، وإن كان لو لم يوص تولّى الجدُّ ذلك كما عن التذكرة التصريح به ، لكن ذلك لا يقتضي عدم صحة الوصيّة بذلك فانَّ الحاكم تكون له الولاية إذا لم ينصب وصياً ، وإن نصب لم يكن له الولاية والورثة الكبار - إذا لم يجعل وصيا لوفاء ديونه - تولّى الورثة ذلك ، وإلاّ تولاّه الوصى عليه هذا .

ولكن في الدروس في المقام «ولو أوصى باخراج حقوق أو استيفائها كان جايزا ويشكل بأنّ الاستيفاء ولاية على مال الطفل فلا يملكها الأجنبيّ ، نعم لو عيّن المستوفى لتلك الحقوق جاز» وفيه - بعد الإغضاء عن مراده في قوله «نعم» إلى آخره - انّ الاستيفاء - وإن كان الظاهر إرادة المال المستوفى - ليس ولاية على مال الطفل ، وإن كان الكلّى له ، ضرورة أنّه لا يتشخّص ولا يصير مالا للطفل إلاّ بقبض المستحق أو وليّه فتوليته على أن يشخّص الكلى للطفل ، والظاهر أنّ له الولاية على ذلك مع وجود الجدّ ، كما أنّ له ذلك في الورثة الكبار ، فإنّ له أن ينصب وصياً على تشخيص ماله من الديون ، ثمّ دفعه للوارث على وجه لا ضرر فيه عليهم ، بل ومعه إذا لم يرد على مقدار الثلث ، وكذا تشخيص ما عليه من الحقوق بأن ينصب وصياً على دفع ذلك عنه ، على أنّ ولاية التشخيص بيده على وجه لا ضرر فيه عليهم ، ضرورة كونه أولى من تشخيص مال مخصوص لوفاء دينه ، الذي اعترف هو بجوازه ، مما يشمله عمومات الوصيّة ، وتسلّطه على ماله [1] وغير ذلك مما لا معارض له من النصوص المشتملة على منعه من التصرف في الزائد على الثلث فتأمل جيداً .

يقى شيء وهو أنّ ظاهر المتن اندراج الوصية في أداء الحقوق تحت القيل ومقتضاه أنّ هذا تفصيل في موضوع المسألة ، وقد عرفت أنّه فرضه في الوصية بالنظر في مال ولده ، وهو لا يشمل مثل ذلك ، أللهم إلاّ أن يقال : إنّ ذلك من النظر في مال الولد أيضاً ، بناء على انتقال التركة جميعاً للوارث ، وان تعلق بها حق الدين فهو من النظر في مال الولد حينئذٍ ولكن المتّجه بناء على ذلك صحّة الوصاية على مثل ذلك ، و ليس معارضا لولاية الجدّ الّتي لم يعلم شمولها لمثل

---

(١) الوسائل الباب - ١ إلى ١٠ - من أبواب أحكام الوصايا .

ذلك بحيث لا يجوز له أن يجعل وصيّا له عليه ، مع أنّ المطابق للحق من التركة ، كالخارج عن مال الطفل ، ولعلّ هذا لا يخلو من قوّة ، وإن كان الأوّل لا يخلو عن وجه والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فقد ظهر لك من مطاوي البحث أنّ الوصاية كالوكالة ، بل قد تزيد عليها بأشياء فحينئذٍ ﴿ إذا أوصى بالنظر في شيء معين ، اختصّت ولايته به ولا يجوز له ﴾ أي الوصى ﴿ التصرف في غيره ، وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكّل فيه ﴾ وكذا لو خصّها بزمان دون زمان ، أو حال دون حال ، إذ هي كما عرفت شبيهة بنصب الأمراء ، كل ذلك لعموم «فمن بدّله[1]» وغيره كما هو واضح . والله العالم .

﴿ مسائل ثلاث ﴾

﴿ الأولى : الصفات المراعاة في الوصي ﴾ من التكليف والإسلام والحرّية ونحوها ﴿ تعتبر حالة الوصية ، وقيل : حين الوفاة ، فلو أوصى إلى صبيّ ﴾ مثلاً ﴿ فبلغ ثم مات الموصى صحت الوصية ، وكذا الكلام في الحرّية والعقل ﴾ وقيل : من حين الوصية إلى حين الوفاة ، وقيل : إلى حين نفوذ الوصية وانتهائها ، وقيل : من حين الوفاة إلى حين الانتهاء .

﴿ والأول أشبه ﴾ عند المصنف والأكثر كما في المسالك قضاء للشرط المعتبر تقدمه على المشروط ، أو مقارنته ، فإذا كانت هذه شرائط لصحّة الوصية ، ولم تكن موجودة حال إنشائها وقت الوصيّة عن التفويض إلى من ليس بالصفات ، والنهى المتوجه إلى ركن المعاملة يقتضي فسادها كما هو مقرّر في محلّه ، ولأنّه يجب في الوصى أن يكون بحيث لو مات الموصى كان نافذ التصرف ، مشتملاً على صفات الوصاية ، وهو هنا منتف ، لأنّ الموصى لو مات في هذه الحالة لم يكن الوصى أهلا له .

والجميع كما ترى مشترك في كونه مصادرة على المطلوب ، ضرورة أن كون هذه الشروط شروطا للنصب حال انشائه أول البحث ، وكذا كونه منهيا وقت ذلك عن النصب ، بل وكذا الأخير ، مع أنه نظر فيه في المسالك بأنه من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على مذهبه

---

(١) سورة البقرة الآية ١٨١ .

المطلوب ، فإن الموصي إذا فرض موته بعد الوصاة بلا فصل قبل أن يتصف الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرف ، من حيث أن الموصي قد مات وهو غير جامع لها ، وذلك كاف في البطلان وإن كان قد يدفع بأن مراد المستدل اعتبار كون الوصيّ جامعا لها حال الوصية بحيث لو مات الموصي حالها كان نافذ التصرف ، فالشرط أهليّته لذلك حال النصب .

وعلى كلّ حال فمن ذلك يظهر لك قوة القول الثاني الموافق لمقتضى عمومات الوصية المقتصر في تخصيصها على ما تيقن من شرطية هذه الأشياء في الوصي ، بمعنى المتلبس بالولاية ، وأول آنات تلبسه بذلك مع الاطلاق من حين الوفاة ، فتعتبر الشرائط ذلك الوقت ، إذ هو قبل ذلك ليس بوصيّ بمعنى تحقق الولاية ، بل أقصاه وقوع العبارة التي تقتضي نصبه حين الوفاة إذا جمع غيرها من الشرائط ذلك الوقت ، ففقدها قبل تلبّسه بالولاية غير ضائر ، بعد شمول عموم «فمن بدّله[1]» ونحوه له ، وليس في أدلة الشرايط كما عرفته سابقاً ما يقتضي اشتراطها حال إيجاد عبارة النصب ، بل ربّما كان فيها ما يقتضي خلاف ذلك، كنصب الصبيّ وصيا بعد بلوغه منضماً أو مطلقاً ، على البحث السابق ، بل هو ظاهر فيما ذكرناه ، من كون المدار على وجود الصفات حال الوفاة ، فان الصبيّ مثلاً قد يبلغ بعد الوفاة ، وكذا المجنون لو أوصى إليه مريداً حال إفاقته كما سمعته سابقاً .

لا يقال : إنّ العمومات تقتضي أيضاً وصية الجامع لها حال الوصيّة ، وإن فقدها قبل الوفاة ، ثم تجدّدت بعدها ، فيتّجه حينئذٍ كون الشرط أحد الأمرين ، حال الوصية ، أو حال الموت ، لأنا نقول – مع كون ذلك خرقا للإجماع على الظاهر – مناف لما دلّ على اعتبار الصفات في الوصيّ المقتضي لعدم قابلية المجنون والكافر والمملوك ، للولاية ، فإنّ دليل شرطيتها يقتضي ذلك ، فينافي العمومات المزبورة . بخلاف الفاقد لها حال النصب الجامع حال الوفاة ، فإنّ دليل الشرطية لا ينافي شمول العمومات له لعدم كونه ولياً حينئذٍ ، ودعوى تحقق ولاية الوصيّ حال نصبه . وان تأخر تصرفه إلى ما بعد الموت ، فهو كالوكيل فعلا المشروط عليه تأخر التصرف وإلاّ لزم التعليق المبطل ، وحينئذٍ فلو قال : أنت وصيّي بعد موتي ، على معنى كونك

(١) سورة البقرة الاية ١٨١ .

ولياً بعد الموت بطل — واضحة الفساد ، ضرورة عدم شركة أحد الأبوين الكاملين حال حياتهما في الولاية ، على أن معنى الوصاية نقل الولاية بعد الموت ، وهو الذي أراده الموصي ، بل لو صرح بارادة غيره ممّا يقتضي تحققها قبل الموت ، بطل على الظاهر ، والتعليق فيها غير مناف ، لأنَّ بناءها عليه ، وقد شرعت على الوجه المزبور ، كما لا ينافيه في تعليق الوصية التمليكية ، بل هما عند التأمل من واد واحد ، وان اختلفا في بعض الأحكام لكنهما متحدان في أنَّ الوصاية نقل الولاية ، والوصيّة نقل الملك مثلا ، والتزام حصول الملك المتزلزل للموصى له حال الوصيّة ، ممّا لا يجوز نسبته للمتفقه فضلاً بعد الوفاة ، عن الفقيه ، خصوصاً بعد أن كان المعلوم من حال كل موص أنّ قصده حصول الأثر سواء كان ملكا أو ولاية ، وبذلك كلّه يظهر ضعف بقية الأقوال المشتركة في اعتبار الشرائط من حين الوصية ، الّذي قد عرفت عدم الدليل عليه .

نعم يبقى الكلام في اعتبار استمرار الشرائط من حين الوفاة إلى حين الانتهاء في استمرار الوصاية وعدمه ، أما احتمال اشتراط الاستمرار في أصل الوصاية — على معنى انكشاف فسادها بالعروض في الأثناء ، كما هو مقتضى اطلاق بعضهم شرطيته — فواضح الفساد ، وإلاّ لاقتضى فساد تصرفاته جميعها قبل العروض ، ومن المعلوم ضرورة بطلانها ، كما أنَّ من المعلوم عدم كونه ولياً متصرفاً حال عروضها .

إنّما البحث في انفساخ الوصية بعروض ذلك بعد الوفاة — فلا تعود حينئذٍ ، وعدمه — وإن كان لاتصرف له حينئذٍ ، بل أقصاه قيام الحاكم مثلاً مقامه ، فإذا زال العارض عادت ولايته ، كالأب الذي اعتراه الجنون ثم زال ، فإنّه لا تنقطع بذلك ولايته على وَلده الصغير — احتمالان : بل الثاني منهما لا يخلو من قوّة ، وإن ظهر من بعضهم المفروغية من بطلان الوصاية بذلك ، حتى أنّه حمل قول القائل باشتراطها حال الوفاة ، ومن حين الوصية إليها — على ذلك ، تجنّبا عن التزام عدم بطلانها بذلك ، والظاهر أنّه اشتباه . فان أقصى ما يمكن القطع به ، عدم صحة تصرفاته مع عروض العارض ، لعدم العقل ونحوه ، لا بطلان الوصاية من رأس ، بل يمكن دعوى عدم القطع ببطلانها كذلك بعروض العارض قبل الوفاة بعد الوصيّة وان استمرّ إليها عند القائل باعتبار الصفات حال الوصية ، وان ادّعاه القائل المزبور

أيضا محتجا بمعلوميّة كون الوصاية لها حكم العقد الجائز إن لم تكن منه ، ولا ريب بانفساخه بعروض الجنون ونحوه ، مع أنّه خلاف ظاهر من تعرّض لذكر الأقوال ، حيث أنّهم يجعلونه ، والقول باعتبارها حال الوفاة مقابلاً للقول بالإستمرار حين الوصية إلى حين الوفاة ، كما في الدروس ويمكن القول بعدم جريان حكم الجائز عليه بالنسبة إلى ذلك ، كما لو اعترى الموصى الاغماء والجنون ، على أنّ الشرائط غير منحصرة في العقل ونحوه ممّا ينفسخ العقد بفقده ، كما أنه يمكن القول بأنّ الانفساخ بعروض العارض لا يقتضي القول باشتراط الاستمرار في أصل الصحّة ، بل أقصاه اشتراط استمرار الصحّة باستمرار ذلك ، لأن أصل الصحة مشروطة بالإستمرار ، بحيث لو زال انكشف الفساد ، ولعلّه يلتزمه القائل باعتبار الصفات من حين الوصية إلى حين الوفاة ، بل ولا الفسخ بحيث لو عاد لم يعد حكم السبب السابق الذي اقتضى ولايته حتى لو قلنا بانقطاعها ، باعتبار عدم قابليته ، ضرورة عدم اقتضاء ذلك الفسخ ، نحو العقد الجائز ، وإلاّ لاقتضاه بالاغماء ونحوه ، فالتحقيق رجوعه إلى ولايته نحو الأب والمجتهد ، وإن ولايتهما من الشرع ، إلاّ أن المفروض بعد مشروعيته صار النصب منه كالنصب من الشارع بل العبارة عنهما واحدة ، وكون ولايته من حيث الأبوة المحققة بعد زوال العارض لايصلح فارقا بينهما ، ضرورة امكان دعوى أنّ وصاية الوصيّ من حيث كونه زيداً أو ابنا مثلاً وهو متحقق ، وان انقطعت ولايته بالعارض لكن قد عرفت أنّ ذلك لا يقتضي انفساخ سبب الوصاية الّذي لا مانع من دعوى تأثيره على هذا الوجه ، ولا يقدح فيه حصول المانع ، فتأمل جيداً ، فانه دقيق نافع في المقام وغيره ، وبذلك ظهر لك الحال في المقام ، بل وما في كلام غير واحد من الأصحاب حتى ثاني الشهيدين منهم في المسالك وإن كان لم يأل جهداً في تحقيق المسألة ، وأرجع الأقوال الأربعة أيضاً الشرائط ، أحدهما : الاعتبار من حين الوصية الى حين الانتهاء ، والثاني من حين الوفاة إلى حين الانتهاء ، واختار هو الأول منها ، لكن من تأمل كلامه ، يجده أيضاً غير محرّر وغير منقّح باعتبار عدم اشتماله على الفرق بين اشتراط أصل الصحة بالاستمرار ، وبين اشتراط الاستمرار بالاستمرار ، و عدم الدليل على ما ادّعاه من معلومية الانفساخ بمجرد عروض فقدها ، وغير ذلك ، ممّا لا يخفى على المتأمل ، والتحقيق ما عرفت ، وبناؤه على عدم تحقق الولاية قبل الوفاة ، و على تنقيح ما تقتضيه أدلة الشرائط ،

وعلى مراعاة مقتضى العمومات ، فإن ملاحظة جميع ذلك تقتضي ما ذكرنا .

وأما بناء بعض أفراد المسألة ولو بالنسبة إلى بعض الأقوال على مسألة ما لو أوصى إلى عدل ففسق ، الّتي قد عرفت الاتفاق فيها على الانفساخ من القائلين باشتراط العدالة وعدمه ففيه أنّ ذلك مبني على تعرف حال الموصى وقصده ، وإرادة تقييده الولاية وعدمها ومحل البحث الآن في كيفيّة اشتراط الشرائط شرعا . وذلك لا دخل له في قصد الموصى ، ومنه ينقدح خروج تصريح الموصى بالايصاء إلى مجنون بعد عقله ، وإلى صبيٍّ بعد بلوغه ونحو ذلك من محل النزاع في المقام بما عرفته ، من أن الوصاية أشبه شيء بنصب الامارة ، فلا يقدح فيها تعليق ولا غيره لعموم «من بدّله»[1] وغيره مضافاً إلى ظهور الاتفاق عليه ، والتصريح به من بعض على وجه المفروغية منه ، فمحلّه حينئذٍ ما لو أوصى مطلقاً للوصية ، فهل يكفي جمع الوصي الشرائط حال الإيصاء أو لا بدّ من الجميع حال الوفاة ؟ أو من حين الايصاء إلى حين الوفاة على حسب ما عرفت ، فتأمل جيداً ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ قد عرفت فيما تقدم أنّه ﴿ تصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية ﴾ بحيث يصح الإيصاء بها ﴿ كالولد وان نزلوا بشرط الصغر ﴾ أو البلوغ مع عدم الكمال ، وعدم وليّ اجباري فلا يندرج في ذلك ، — ولو بملاحظة ما تقدم سابقاً — أحد الأبوين ، مع وجود الآخر ، والوصى الغير المأذون والحاكم ، لما تقدم من عدم ولاية لهم على التولية بعد الوفاة .

وعلى كلّ حال ﴿ فلو أوصى ﴾ بالولاية ﴿ على أولاده الكبار العقلاء ، أو على أبيه أو على أقاربه لم تمض الوصية عليهم ﴾ لعدم الولاية له على ذلك ﴿ ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم لم يصحّ له التصرف ﴾ في شيء منه ، لأنّه من الولاية عليهم أيضاً بل و ﴿ لا في ثلثه ﴾ منه لأنه لا ولاية له عليه مع عدم الوصية به ، وعدم اخراجه عن إرث الوارث ، فلا تصح الولاية عليه مع كونه ملكا للوارث كما في نظائره .

نعم لو أوصى به ﴿ و ﴾ أخرجه عن إرث الوارث جاز له نصب وليّ عليه ، لكن

---

(١) سورة البقرة الآية ١٨١ .

حينئذٍ يكون شريكاً للوارث ، فليس له الاستقلال بتمييزه إلاّ إذا نص الموصى على ذلك ؛ فإن الظاهر الصحة ، لأنّ له مثل هذه الولاية الّتي هي أولى من حصره ثلثه في عين معينة ، فإنه مع عدم ضرر على الوارث ينقص في ماله لم يكن له معارضة ، بل قد تقدم سابقا عند االبحث في صحّة الوصية بالمضاربة في التركة ما يقتضي جوازها بالنظر في المال مع عدم الضرر على الوارث في ذلك ، مثل الوصية ببيع التركة مثلاً بثمن المثل وغيره مما تقدّم ، وحينئذٍ يشكل ما سمعته من المصنف .

﴿ و ﴾ على كل حال من ذلك وغيره يعلم أيضاً أنّه ﴿ تصح الوصيّة في اخراج الحقوق عن الموصى كالديون والصدقات ﴾ الواجبة ، ولو بأن يعين أشياء مخصوصة لذلك ويجعل لها وصياً ، وليس حينئذٍ للوارث معارضة الوصى ، وإن قلنا بكونها ملكاً له بالموت ويستحق نماؤها ، إلاّ أنّها انتقلت إليه على هذا الوجه الذي تقتضي عمومات أولويّته بماله جواز هذه الوصية ، لأنها ليس مما خرج عن الموصى بالدليل الشرعي ، وهو النقص في الثلثين قهراً على الوارث ، وأحقيّته بأعيان التركة من الديّان وغيره إنّما هو إذا لم يوص الموصى ، وإذا تبرع ووفى دين الديّان بالرضا منه كانت الأعيان له ، وليس له إلزام الوصى بأخذها ، وان بذل مقدار الدين مع فرض وصاية الموصى بالوفاء كما هو واضح .

بل لو أوصى وصياً على وفاء دينه مصرحاً بأنّ له ولاية التشخيص بما شاء من الأعيان لم يكن للوارث معارضته أيضاً على الظاهر ، لعموم «فمن بدّله[1] » وغيره ممّا لا معارض له في مثل ذلك .

نعم لو أوصى وصياً على قضاء دينه وأطلق لم يكن له معارضة الوارث لو أراد بذل الدين من نفسه ، أو من بعض أعيان التركة ، لأحقيته بأعيانها من غيره ، أما لو امتنع عن الوفاء أجبره الحاكم ، أو يأذن للوصى في البيع عليه ، ودعوى كون الاطلاق في الوصاية يقتضي الوصية بالتخيير له في الأعيان فلا يعارضه الوارث ، وكذا الوصى على الثلث يمكن منعها ضرورة أعمية الايصاء بذلك من ذلك – والله العالم .

---

(١) سورة البقرة الاية ١٨١ .

المسألة ﴿ الثالثة : يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم ﴾ بوصاية ونحوها ﴿ أن يأخذ أجرة المثل من نظره في ماله ﴾ كما عن الاسكافي والشيخ في آخر باب التصرف في أموال اليتامى ، بل هو خيرة جماعة من المتأخّرين كالفاضل في القواعد والمحقق وغيره ، بل عن مجمع البيان أنّه الظاهر من روايات أصحابنا .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ في المحكى عن نهايته وابن ادريس ﴿ يأخذ قدر كفايته ، وقيل : ﴾ والقائل الشيخ أيضاً في المحكى من خلافه وتبيانه يأخذ ﴿ أقلّ الأمرين ﴾ إن كانت كفايته أقلّ من أجرة المثل ، فله قدر الكفاية دون أجرة المثل وإن كانت أجرة المثل أقلّ من الكفاية فله الأجرة دون الكفاية ، ونحوه عن المبسوط لكن قيد ذلك بالفقر ، فقال : «الولي إن كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين ، كفايته أو أجرة مثله» ومع ملاحظة الاطلاق السابق ، وتقييده يكون الأقوال أربعة بل خمسة مع زيادة القول بأخذ أجرة المثل إن كان فقيراً وإلاّ لم يجز له أخذ شيء منه ، كما هو خيرة ثاني الشهيدين في المسالك .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ الأول أظهر ﴾ من غير فرق بين الغني والفقير ، وبين الوصي والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين وغيرهم ما لم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط فلا يجوز للحاكم مثلا أن يجعل النظر إلى غيره ممن يريد الأجرة ، بلا مصلحة لليتيم وبين العمل الواجب على الأمين فعله من حيث الامانة ، وبين غيره مما لم يجب عليه ، كالتنمية ، بناء على عدم وجوبها ، لأصالة احترام فعل المسلم كما له ، ووجوبه عليه – كوجوب بذل المال في المخمصة بالقيمة – لا ينافي أخذ العوض عليه ، مع إمكان وجوب المباشرة بنفسه ، فله حينئذٍ استيجار من يحفظه مثلا بشيء منه ولو نفسه .

ولعلّه إلى ذلك أومى صحيح هشام بن الحكم[1] الذى هو دليل آخر للمسألة أيضاً قال : «سألت أبا عبد الله عليه‌السلام عمّن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه فقال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم ، فيأكل بقدر ذلك» .

بل لعلّه المراد بالمعروف في الآية الشريفة[2] بل وقيما جاء من تفسيرها في موثق

---

(١) الوسائل الباب –٧٢– من أبواب ما يكتسب به الحديث –٥– .

(٢) سورة النساء الآية – ٦ .

سماعة[١] عن أبي عبد الله فيها «من كان يلي شيئا لليتامى ، وهو يحتاج له ما يقيمه ، فهو يتقاضى أموالهم ، ويقيم في ضيعتهم ، فليأكل بقدر ولا يسرف ، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه ، فلَا يَرْزَأَنَّ من أموالهم شيئاً» .

وصحيح عبد الله بن سنان[٢] عنه عليه‌السلام أيضاً أنه سئل وأنا حاضر عن القيم لليتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم ؟ فقال لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال عزّ وجلّ «فليأكل بالمعروف» وهو القوت وصحيحه الآخر[٣] عنه أيضاً «المعروف هو القوت» وأنّما عنى الوصيّ والقيم فى أموالهم ما يصلحهم .

وخبر أبي الصباح[٤] عنه عليه‌السلام أيضا فيها «فقال : ذاك لرجل يحبس نفسه عن المعيشة ، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» .

ونحوه خبرا سماعة وأبي اسامة[٥] المرويات عن تفسير العياشي عنه أيضا فيها وكذا خبر أبي بصير[٦] المروى فى التفسير المزبور عنه أيضاً فيها «قال : هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشية ، ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف وليس له ذلك فى الدنانير والدراهم التى عنده موضوعة» .

وخبر زرارة[٧] المروى فيه أيضاً عن أبي جعفر عليه‌السلام فيها «سألته عنها فقال ذلك اذا حبس نفسه فى أموالهم فلا يحترف لنفسه ، فليأكل بالمعروف من مالهم» بناء على أن ذلك أجرة مثله لغلبة عدم زيادة احتراف الناس على ما يحتاجونه فى أقواتهم .

بل لعلّه ذلك هو المراد أيضاً من مضمر محمّد بن مسلم[٨] المروى عن تفسير العياشى «سألته عن رجل بيده ماشية لابن أخ يتيم فى حجره أيخلط أمرها بأمر ماشيته ؟ فقال : ان كان يليط حياضها ويقوم على مهنتها ويردّ شاردها فليشرب من ألبانها غير مجهد ولا مضر بالولد ثم قال :

(١و٢و٣و٤و٦) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٤ - ١ - ٣ - ٨ - ٩ - ١٠ - ٦ .
(٥) المستدرك ج ٢ ص ٤٥٤ .
(٧و٨) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث ٤ - ١ - ٣ - ٨ - ٩ - ١٠ - ٦ .

وان كان غنيا » إلى آخره .

وموثق حنان [١] «قال أبو عبد الله عليه‌السلام : سألني عيسى بن موسى عن القيم للأيتام فى الابل ما يحلّ له فيها ؟ فقلت له : اذا لاط حوضها وطلب ضالّتها ، وهنّأ جربانها ، فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ، ولا فساد لنسل »بناء على أنّ ذلك أجرة مثله عرفاً أو أقل ، فإنّه من المعروف أيضاً ، ضرورة كون المراد أن الأكل من مال اليتيم لا يكون إلاّ فى مقابلة عمله له فيما له ، وإلاّ كان من الّذين يأكلون أموال اليتامى ظلما .

نعم أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً وعرفاً أجرة المثل ، فان نقص عنها زاد فى المعروف وقد أحسن الى اليتيم ، بل ان لم يأخذ شيئا ، فقد زاد فى الاحسان ولم يكن من الأكل بالمعروف الذى قد رخّص فيه فى مقابلة العمل للفقير ، دون الغنى الذى أريد منه الاستعفاف عن ذلك ، مع عمله لليتيم فى ماله ، فالمراد حينئذٍ أنّ الفقير إن أراد الأكل ، فلا يأكل إلاّ بالمعروف ، وهو أن يكون فى مقابلة عمل له فى مال اليتيم وأن لا يزيد على أجرة المثل ، وكلما نقص عن ذلك فهو من المعروف .

بل لعلّ ذلك هوالمراد من النصوص سيما المرسل فى كنز العرفان [٢] قال : إنّ رجلا قال للنبى عليه‌السلام : « إن فى حجرى يتيماً أفآكل من ماله ؟ قال : بالمعروف غير متأثل مالا ولا واق » أى غير مستأصل للمال ، ولا واق بماله مالك .

نعم لو لم يكن لفعله أجرة فى العادة كوضع الدراهم والدنانير عنده ، أوكان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له أجرة يعتدّ بها عرفا لم يأخذ شيئاً ، على ما أومأ اليه فى بعض النصوص السابقة ، كما أنّه ينبغى له التعفف لوكان غنيا غير محتاج كى يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن قوته وقوت الواجبى النفقة ، فانّ الآية وان اشتملت على الأمر الظاهر فى الوجوب خصوصاً فى أوامر الكتاب ، لكن المادة تشعر بالندب ؛ فيضعف الظنّ بارادته منه على وجه يعارض ما سمعته من القاعدة والصحيح وغيرهما ، سيّما فى الأعمال التي لا يجب عليه مباشرتها ، كالتنمية

(١) الوسائل الباب – ٧٢ – من أبواب ما يكتسب به الحديث – ١

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٤٥٤ .

ونحوها ، فدعوى أنّ له بذل الأجرة للغير دون نفسه واضحة الفساد ، بل هي كذلك في كل عمل كان له ذلك فيه ، ضرورة عدم الفرق بينه وبين غيره في ذلك ، بل لعلّه أولى باعتبار بقاء نظره على مال الطفل واحتياطه عليه .

ومن ذلك يظهر لك ضعف التفصيل بين الفقير والغني الاستحقاق وعدمه كما أن منه يظهر لك ضعف مستند الأقوال البقية التي وجهها الأخذ بالآية ، وما ورد في تفسيرها في خصوص الفقير ؛ أو الجمع بينها وبين ما دلّ على وجوب الأجرة بأخذ الأقلّ منهما الّذي هو الأحسن في مال الطفل المنهيّ عن القرب إلى ماله إلاّ بالّتي هي أحسن [1] ، ولأن الكفاية ان كانت أقل من الأجرة فمع حصولها يكون غنياً يجب عليه الاستعفاف ، وإن كانت الأجرة أقلّ فهو لا يستحق الأزيد في البالغ ، فضلاً عن اليتيم ، واستجوده في المسالك لو تحقق للكفاية معنى مضبوط ، قال : «لأنه إن أريد بالأكل بالمعروف المتعارف كما يظهر من الآية والرواية وجعل مختصاً بالوليّ لا يتعدى إلى عياله ، فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار حينئذٍ ، لأنّ حصول القوت محتاج إلى مؤنة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتّى يتحقق ارتفاع الفقر ، إذ لم يشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجبي النفقة وحينئذٍ فقولهم في الاستدلال مع حصول الكفاية يكون غنياً غير صحيح ، وإن أريد به مطلق السرف كما هو المراد من قوله تعالى[2] «ولا – تأكلوها اسرافاً» الى آخره وقوله تعالى[3] «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» وقوله تعالى[4] «إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً» الى آخر الآية وغير ذلك ، فقيد المعروف في «غير ذلك» غير واضح المراد يعتبر معه أقلّ الأمرين ، لأن التصرف على هذا الوجه مختلف باختلاف الاشخاص والحاجة ، وربما أدّى ذلك الى الإضرار بمال اليتيم ، وقوله في الرواية هو القوت تخصيص لمعنى الأكل إلاّ أنّه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه لما عرفت من أنّ الأكل مستعمل لغة فيما هو أعم من ذلك » .

(١) سورة الأنعام الآية – ١٥٢ .
(٢) سورة النساء الآية – ٦ .
(٣) سورة البقرة الآية – ١٨٨ .
(٤) سورة النساء الآية – ١٠ .

وعلى كل معنى من الأكل لا يتمّ الحكم فيه على اطلاقه ، لأن العمل ربما كان قليلاً والقوت كثيرة فيؤدّي إلى الأضرار باليتيم زيادة على المكلّف وفيه أنّه لا اجمال فى الأكل بالمعروف عرفاً خصوصاً بعد توضيح النصوص له ، وأنّه القوت المراد به ما يحتاج إليه عرفاً ، بل يمكن ارادة الضرورة من الكسوة وغيرها له ولمن يعول به ، لكن بشرط اشتغاله بمال الطفل على وجه يمنع من تحصيل ذلك وأنّه لولا عمله به لأمكنه الاشتغال بمال الطفل على وجه يمنع من تحصيل ذلك وأنّه لولا عمله به لأمكنه الاشتغال بما يحصل ذلك له منه ، وهو أمر مضبوط فى العرف ولذا أطلق الأمر به فى الكتاب والسنة فى مقام البيان خصوصا مع ملاحظة ما سمعته فى مرسل كنز العرفان مع ذلك .

نعم يقوى الظن بما سمعته من انطباق ذلك على أجرة المثل التى مقتضى القاعدة . والصحيح وغيرهما ، ولذا كان الأقوى ذلك ، لا للاجمال فى الآية والرواية كما هو واضح .

هذا كله إذا لم يتبرع الولي ، وإلاّ لم يستحق شيئاً ، أما لو لم يقصد الرجوع ولا عدمه فالظاهر الإستحقاق أيضاً لقاعدة الاحترام التى لا ينافيها عدم الأمر من المالك الصورى بعد الاذن بالعمل من المالك الحقيقى ، بل مقتضى اطلاق الآية التى عرفت تنزيلها على ما قلناه ذلك أيضاً ، هذا .

ولكن الاحتياط لا ينبغى تركه فيه وفى المسألة السابقة أيضاً لشدة التأكيد كتاباً وسنة فى التجنب عن أموال اليتامى ، وخصوصاً بعد خبر رفاعة [١] المروى عن تفسير العياشى عن أبي عبد الله عليه‌السلام فى قوله تعالى «فليأكل بالمعروف» قال : كان أبي يقول : إنها منسوخة» بل عن مجمع البيان [٢] عن جماعة من العامة تفسيرها بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ، ثمّ يردّ عليه ما أخذ إذا وجد . قال : وهو مرويّ عن الباقر عليه‌السلام . وإن كان الثابت عندنا خلافها ، وهو ما عرفته من النصوص المعتضده ة بالفتاوى ، وخصوصاً فى الأعمال الواجبة على الموصى كحفظ المال فـي حرزه ونحوه من الأعمال التى لا يتجدّد لها مال للطفل .

(١و٢) الوسائل الباب – ٧٢ – من أبواب ما يكتسب به الحديث – ١١ – ٧ .

هذا كله اذا لم يوص اليه بجعل يكون اجرة لمثله عن عمله وإلاّ وجب بلا خلاف عن التنقيح ، بل ولا إشكال ، فإن زاد عليها توقف على سعة الثلث أو اجازة الوارث كما صرح به غير واحد ، ضرورة كونه حينئذٍ من الوصية التي قد عرفت أن حكمها ذلك ، والله العالم .

الفصل ﴿ السادس : في اللّواحق ﴾

﴿ وفيه قسمان : القسم الأول وفيه مسائل ، الأولى : إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه ، وليس له إلاّ واحد ، فقد شرك بينهما في تركته ﴾ لأنه أضاف الى الوارث واحداً آخر بالوصية وحينئذٍ ﴿ فللموصى له النصف ﴾ من التركة ، إلاّ أنه لما كان أزيد من الثلث ، ﴿ فان ﴾ أجاز الولد قسم المال بينهما نصفين وان ﴿ لم يجز الوارث فله ﴾ أي الموصى له ﴿ الثلث ﴾ والباقي للولد ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لوكان له ابنان ﴾ وقد أوصى لأجنبيّ بمثل نصيب أحدهما ﴿ كانت الوصية بالثلث ﴾ لأنه قد أضاف اليهما ثالثا ﴿ ولو كان له ثلاثة كان له الربع ﴾ وهكذا ﴿ والضابط أنّه يضاف إلى الوارث ، ويجعل كأحدهم ان كانوا متساوين وإن اختلفت سهامهم جعل مثل أضعفهم سهما ﴾ لأنّه المتيقن ﴿ الا أن يقول مثل أعظمهم ﴾ سهما ﴿ فيعمل ﴾ حينئذٍ ﴿ بمقتضى وصيّته ﴾ ان لم ترد على الثلث ، والاّ وقف على الاجازة بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، بل قد يشعر نسبته في جامع المقاصد الى علمائنا بالاجماع عليه .

نعم عن جمع من العامة أنه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال ، ويقسم الباقي بين الورثة ، لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، وحينئذٍ فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وليس له إلاّ واحد فالوصية بجميع المال الذي هو نصيب الابن قبل الوصية ، وإن كان له اثنان فالوصية بنصف المال الذي هو نصيب أحدهما قبل الوصية ، ويبقى النصف الآخر لها – وهكذا بل في محكي التحرير أنّه قريب من الصواب ، وفيه أنّ ظاهر عبارة الموصى أو صريحها في المثال الأول التشريك بينهما ، لا حرمان الوارث ، فيكون المراد حينئذٍ منها أنّ له نصيبا مثل نصيب ابني بعد الوصية ، فان التماثل يقتضي شيئين ،

كما أن الوارث لا يستحق شيئا إلاّ بعد الوصية النافذة ، فالوارث الموصى بمثل نصيبه لا نصيب له إلاّ بعد الوصية ، حينئذٍ فيكون ما للموصى له ، مماثلا لنصيبه بعد الوصية وعلى ما ذكروه لا يكون للوارث نصيب الموصى له ، فانه فى الأول لا نصيب له أصلاً ، وفى الثانى لكل واحد من الولدين الربع ، وفى الثالث لكل واحد من الاولاد الثلاثة ثلث من الثلثين ، وهو لا يماثل ثلث الأصل ، كما أن الربع لا يماثل النصف ، وهو حينئذٍ خلاف مدلول الوصيّة ، وتبديل له «فإنّما إثمه على الّذين يبدّلونه»[1]

وعلى كل حال ، فهذه المسألة واشباهها من المسائل الدوريّة ، لأنّ معرفة نصيب الوارث متوقفة على اخراج الوصية ، ومعرفة نصيب الموصى له انّما يكون اذا عرف نصيب الوارث ؛ إلاّ أنّه لما كان الأمر فيها ظاهرا — ضرورة انتقال الذهن الى المراد بأدنى التفات — لم يذكروا فى معرفتها طريق الجبر والمقابلة ، بل اكتفوا بما عرفت من تصحيح الفريضة على الورثة ، ثمّ زيادة واحدة يساوى أحدهم ، أو الأقلّ منهم على حسب ما سمعت .

بل لا فرق في ذلك بين الوصية بنصيب واحد منهم غير معين ، وبين الوصية بمثل نصيب واحد معين ، فإنّ له أيضاً مثل نصيبه مزاداً على الفريضة ، فإن زاد على الثلث توقف على الإجازة ، وإلاّ نفذت الوصية ، بل لا فرق أيضا بين الوصيّة لأجنبيّ أو أحد الورثة بناء على ما عندنا من جواز الوصية للوارث ، خلافاً لبعض العامة ، فإذا أوصى لوارث بمثل نصيب أحد وُرّاثه ، فكالوصية للأجنبي التي قد عرفت الحال في أمثلتها التي منها أيضاً لو كان له ابن وبنت ، وأوصى بمثل نصيب الإبن فإن له سهمين من خمسة إن أجازا ولو قال : مثل نصيب البنت فله الربع ولو كان له ثلاثة بنين وثلاث بنات ، و أوصى له بمثل سهم بنت أو أحد ورّاثه فله العشر ولو قال : مثل نصيب ابنه فله سهمان من أحد عشر ، وهكذا كما هو واضح بعد كما عرفت .

﴿ ولو قال : ﴾ فى وصيته ﴿ له مثل نصيب بنتى فعندنا يكون له النصف اذا لم يكن له وارث سواها ، لأنّ المال لها فرضا وردًا ، فهى كالولد حينئذٍ فى ذلك ﴿ و ﴾ فى أنه في أنه . ﴿ يردّ إلى الثلث إذا لم تجز و ﴾ كذا ﴿ لوكان له بنتان كان له

(١) سورة البقرة الآية ١٨١ .

الثلث ، لأن المال عندنا للبنتين ﴿ فرضا وردّا ﴾ دون العصبة ، فيكون الموصى له كثالثة ﴿ كالولدين وقد أوصى للثالث أنّ له مثل نصيب أحدهما الذى قد سمعت الكلام فيه .

نعم عند العامة الوصية في الأوّل بالثلث ، لأن المسألة عندهم من اثنين واحد للبنت ، وواحد للعصبة ، فيزيد بالوصية على الاثنين سهما ، فيعطى واحدا من ثلاثة ، وفي الثاني بالربع ، لأن المسألة عندهم من ثلاث ، اثنان وهما الثلثان للبنتين ، وواحد للعصبة فيزيد عليها للموصى له بالوصية سهما ، فتكون أربعة له الربع منها .

﴿ ولو كان له ثلاث أخوات من أمّ وثلاثة إخوة من أب ، فأوصى لأجنبيّ بمثل نصيب أحد ورثته ، كان كواحدة من الأخوات ﴾ لما عرفت من تنزيل الوصية في مثله على الأقل الذى هو المتيقن فأصل الفريضة حينئذٍ ثلاثة ، للاخوات من الأم الثلث ، وللإخوة من الأب الثلثان ، ثم تنكسر على الفريضة ، والفرض أنّ عددهما متماثل ، فيضرب عدد أحدهما في أصل الفريضة تبلغ تسعة للاخوات الثلاث ثلاثة ، لكل واحدة سهم وللاخوة ستة لكلّ واحد اثنان . فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم ، وحمل على الاقل الذى هو نصيب احدى الاخوات ازدادت الفريضة واحدا ، لما عرفت من أنّ الضابطة تصحيح الفريضة بين الورثة زيادة نصيب الموصى له عليها ، فالوصيّة حينئذٍ بعشر التركة ﴿ فيكون له سهم من عشرة ، وللاخوات ﴾ من الأمّ ﴿ ثلاثة وللاخوة ستة ﴾ .

نعم ينبغي أن يعلم أنّ كون الموصى له كواحد من الاخوات ، مبنى على فرض كون الإخوة للأب ثلاثة مثلاً ، والاّ فلو فرض كونهم سبعة مثلا لم يتم المثال ، ضرورة كون الاقّل حينئذٍ واحداً منهم لا منهن ، إلاّ أن الأمر سهل بعد معرفة الضابط ، وان أطلق المصنف الاخوة ، مع احتمال ارادته أقل الجمع ، والله العالم .

﴿ ولو كان له زوجة وبنت ، وقال : له مثل نصيب بنتى ﴾ الّتي هي أعظم نصيباً ﴿ وأجاز الورثة ﴾ قال الشيخ ﴿ كان له سبعة أسهم ، وللبنت مثلها وللزوجة سهمان ﴾ وفيه أن الوصية حينئذٍ من نصيب البنت خاصة لأن الاثنين ثمن الفريضة التي هي ستة عشر ، فيكون سهم الزوجة تاماً ، والواجب ان تكون الوصية مع الاجازة من أصل

التركة ، ويدخل النقص بها على جميع الورثة ، كل على حسب استحقاقه .

ومن هنا قال المصنف ﴿ لوقيل : لها﴾ أى الزوجة ﴿ سهم من خمسة عشر كان أولى ﴾ بل لعلّه يتعين كما فى القواعد وجامع المقاصد والمسالك ، ضرورة أنه مقتضى الضابط السابق الذى هو تصحيح الفريضة أوّلاً ، وهى هنا ثمانية ، للزوجة الثمن سهم ، وللبنت الباقى ، وهو سبعة أسهم ، ويزاد عليها مثل نصيب البنت بالوصية : أى سبعة ، فيكون مجموع التركة خمسة عشر ، هذا كلّه مع الاجازة .

أما إذا لم يجز الوارث ، فالمسألة من اثنى عشر له الثلث أربعة ، والثمانية بين الزوجة والبنت ، على أصل الفريضة الشرعية ، للزوجة الثمن سهم وللبنت الباقى فرضا ورداً . ولو أجازت أحدهما خاصة ، ففى المسالك ضربت احدى الفريضتين فى وفق الأخرى تبلغ ستين ، لأن بين الاثنى عشر ، والخمسة عشر توافقاً بالثلث فضرب ثلث أحديهما فى الأخرى ، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الردّ ، ومن ردّ ضربت نصيبه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة ، ذلك نصيبه ، والباقي للموصى له .

وهذا ضابط فى كل ما يرد عليك فى اجازة البعض وردّ الاخرين فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما ونصيب من أجاز من مسألة الإجازة في مسألة الردّ ونصيب من مسألة الردّ في مسألة الإجازة ، فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الإجازة عشر تضربها فى أربعة وفق مسألة الرد : تبلغ ثمانية وعشرين ، فهو نصيبها من الستيّن ، وللزوجة واحد من اثنى عشر فى مسألة الردّ تضربه فى وفق مسألة الاجازة ، وهو خمسة من خمسة عشر ، تبلغ خمسة ، فهى نصيبها من الستين ، والباقى وهو سبعة وعشرون للموصى له ، ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسألة الاجازة ، وهو واحد فى أربعة وفق مسألة الرد ، فلها أربعة ، ونصيب البنت من مسألة الردّ وهو سبعة من اثنى عشر فى وفق مسألة الاجازة وهو خمسة تبلغ خمسة وثلاثين ، والباقى هو أحد وعشرون للموصى له ، فله مع اجازتها ثمانية وعشرون ، وللبنت كذلك ، وللزوجة أربعة ، ومع ردهما عشرون وللبنت خمسة وثلاثون ، وللزوجة خمسة ، ومع اجازة احديهما يأخذ الموصى له التفاوت ، ولو انعكس الفرض : بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة وأجاز فللموصى له التسع ، لأنك تزيد نصيب

الزوجة وهو واحد على الفريضة ، وفي جامع المقاصد والمسالك أنّه وهم الشيخ هنا أيضا ، فجعل للزوجة سهما من ثمانية ، وللموصى له سهما ، وللبنت ستة ، فأخرج الوصية من نصيب البنت خاصة ، والصواب إدخال نصيبه عليهما ، فيكون من تسعة .

﴿ ولو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب احداهن ﴾ قال الشيخ : ﴿ كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن أربعة بينهن بالسوية وله سهم كواحدة ، ويبقى سبعة وعشرون للبنت ﴾ وفيه ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضاً ومقتضى الضابط المزبور أن يفرض له واحد كاحدى الزوجات ويزاد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع ، فأصل الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الأربع منها واحد ، وينكسر عليهن ، فيضرب عددهن في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين ، ويزاد عليها واحد بالوصية فتكون ثلاثة وثلاثين .

﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف ﴿ لو قيل : ﴾ له واحد ﴿ من ثلاثة وثلاثين كان أشبه ﴾ بل هو متعين ، ولذا جزم غير واحد بأنّه سهو من قلمه الشريف كالسابق ولو كانت الوصية في الفرض بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستّين إن أجازوا الوصية ، وأن ردّوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع ، ويكون الثلثان قائمين بالفريضة ، فيكون من ثمانية وأربعين : للموصى له ثلثها ستة عشر وللزوجات أربعة ، وللبنت ثمانية وعشرون ، ولو أجازت احداهنّ ضربت وفق مسألة الإجازة وهو هنا جزء من اثنى عشر ، هو نصف السدس في مسألة الردّ أو بالعكس ، فتضرب خمسة في ثمانية وأربعين ، أو أربعة في ستّين تبلغ مائتين وأربعين ، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسألة الاجازة مضروباً في وفق مسألة الردّ ، ومن ردّ أخذ نصيبه من مسألة الرد مضروباً في وفق مسألة الاجازة ، فمع إجازة البنت يكون لها مائة واثنى عشر هو الحاصل في ضرب ثمانية وعشرين في أربعة ، وللزوجات عشرون هي الحاصلة من ضرب أربعة في خمسة ، والباقي وهو مائة وثمانية للموصى له ولو أجاز بعض الزوجات ، فله نصيبها من المجاز وهو سهم واحد يضاف الى ما يصيبه ثلث التركة ، وهو ثمانون ، وهو خلاصة ما في الدروس المفروض فيها المسألة بالابن وأربع زوجات ، الذى لا فرق بينه وبين البنت في ذلك ، ثمّ قال : وان شئت

مع اجازة البعض أن تدفع الثلث الى الموصى له ، ويقسم الباقى بين الوارث فريضة على تقديرى الاجازة وعدمها ، فيأخذ الموصى له التفاوت ، فتدفع هنا الى الموصى له ثمانين ، ثم تقسم الباقى ، وهو مائة وستّون فريضة ، للزوجات عشرون وللابن مائة وأربعون ، هذا على تقدير الردّ ، وفى تقدير الاجازة للابن مائة واثنى عشر ، وللزوجات الاربع ستة عشر ، ويظهر من ذلك بأن الزائد على الثلث فى مسألة الاجازة ، وهى ستون ثمانية أسهم ، وقد صارت مضروبة فى أربعة فيكون اثنين وثلاثين سهما ، فيقسمها فريضة ، فيكون للزوجات : أربعة وللابن ثمانية وعشرون ، فالتفاوت بين نصيبى الابن ثمانية وعشرون وبين نصيب كل واحدة من الزوجات سهم ، فبالاجازة من البعض تدفع ذلك التفاوت ، ولك طريق ثالث ، وهو أن تضرب ما زاد على الثلث فى مسألة الاجازة فتقسم بين الورَثة فريضة ، فان انقسم صحت المسألتان من مسألة الاجازة وإن انكسرت ضربت مسألة الاجازة فى مخرج الكسر ، وقد عرفت أن الزائد على الثلث هنا ثمانية فتقسمها على الورثة ينكسر فى مخرج الربع ، فتضرب أربعة فى ستين تبلغ مائتين وأربعين ويبقى الزائد على الثلث اثنان وثلاثون فتقسم بين الورثة كما مرَّ ، فلو أجاز الزوجات دون الابن صحت المسألة من ستين لابن الموصى له يأخذ نصيبهن من الزائد ، وهو سهم ، وتبقى للإبن سبعة إلى غير ذلك ممّا هو واضح عند من له معرفة بالحساب ، بل ربما كان غير الفقيه أعرف منه في ذلك ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : لو أوصى لأجنبىّ بنصيب ولده قيل : ﴾ والقائل الشيخ فى المحكيّ من خلافه ومبسوطه وتبعه عليه الفاضل فى المختلف ﴿ تبطل الوصية لأنها وصية بمستحقه ﴾ التى مرجعها الى العزل عن الميراث أو إلى الوصية بمال الغير ، وهى فيهما معا باطلة ، ولأن صحتها موقوفة على بطلانها ، فيستلزم وجودها عدمها ، إذ لا تكون صحيحه ، إلاّ أن يكون للابن نصيب ، ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية ، لأنّه لا يملك الموصى به لقوله تعالى[1] «من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولأن بطلانها لازم لكلّ من النقيضين ، فانه إن ثبت للابن نصيب ، امتنعت صحتها ، وإن لم يكن له نصيب انتفى

---

(١) سورة النساء الآية – ١٢ .

متعلّقها .

﴿ وقيل ﴾ والقائل بعض علمائنا كما في المختلف ﴿ يصح ، ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه وهو أشبه ﴾ عند المصنف بقاعدة وجوب الحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة التي لها صحّت الوصية بمثل نصيب الابن ، مع أنه لا نصيب له فعلا ، ولكن فيه أنّ البطلان على تقدير الحقيقة ، ليس من تعذر الحقيقة ، ضرورة أنّه لا بأس بالتزامه ، وصحة الوصية بمثل نصيب الابن ، للظهور في إرادة المعنى المزبور الممنوع دعواه هنا ، واحتمال كون المراد الوصية بجميع المال – باعتبار أنّ الولد لما لم يكن له نصيب الآن ، وإنما يكون نصيبه بعد الموت كان اضافة النصيب اليه مجازاً في جميع التركة ، فكأنه قال : جميع التركة لفلان التي نصيب ابني لو فرض كونه وارثاً لها وحده من غير مزاحم له من وصية ولا غيرها ، وهذا وان كان مجازاً ، إلا أنّه ليس هنا معنى حقيقي يمكن حمله عليه ، حتى يقال : تقدم الحقيقة على المجاز – يدفعه عدم القرينة الدالة عليه ، بل حمله على إرادة حرمان الوارث ، ووضع الموصى له موضعه أظهر من ذلك .

نعم قد يناقش في البطلان على هذا التقدير أيضا لعموم أدلة الوصية فالمتّجه حينئذٍ نفوذها مع اجازة الوارث ، ومع عدمها تبطل منها ما زاحم الوارث وتصح في غير ذلك ، وهو الثلث ، وتكون حينئذٍ كالوصية بجميع المال .

ألّلهم إلاّ أن يقال : إنها ظاهرة في ارادة الوصية بنصيب الوارث من حيث كونه نصيباً ، وهو لا تصح الوصية به ، ضرورة عدم اجتماع كونه نصيباً وكونه موصى به ، ولعله لذا قال في الدروس : «ولو أوصى بنصيب وارث فان قصد عزله من الارث فالاقرب البطلان ، وإلاّ حمل على المثل ، وفيه معلومية إرادة كونه نصيبا لولا الوصية به لا كونه نصيبا مع كونه موصى به ، فالمتّجه حينئذ الصحّة مع الاجازة ، وعدمها مع عدمها ، وليست هي كالوصية بمال الغير الذي لا تعلق للموصى فيه ، ولا ممّا يستلزم وجودها عدمها ولا بطلانها لازم للنقيضين على التقدير الذي سمعت ، بل منه يعلم ما في اطلاق الشيخ بطلانها ، واطلاق غيره الصحة ، والحمل على المثل أو على الجميع الذي أطنب فيه في المسالك تبعاً لجامع المقاصد ، مدّعيا أنّه

المتبادر عند الاطلاق ، وأنه لا يفهم من اللفظ إلاّ ذلك ، بل معظم القائلين بالصحة لا يريدون إلاّ ذلك ، وإن ذكر بعضهم لفظ المثل ، لكن مرادهم من الوصية بجميع المال ، على معنى أنه مثل ابنى لو لم تكن وصية ولا وارث ، لا أن المراد له نصيب مثل نصيب ابنى فيكون شريكا له فى النصف إذا لم يكن سواهما على حسب ما سمعته فى المسألة السابقة – قال – «نعم فى عبارة الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهمه ارادة النصف من القائل بالصحة ،لأنه قال فى شرحه بعد تقرير القولين : فعلى الصحّة ، لا فرق بين زيادة لفظ المثل وحذفها ، فقوله أوصيت بنصيبه مثل أوصيت بمثل نصيبه ، وأنما فرق القائل بالبطلان وهى كالصريحة فى المشاركة ، كما لو كان المثل مذكوراً وقد شدد النكير على المحقق الثانى فى دعواه اختصاصه باحتمال الصحة على معنى إرادة الجميع ، وأن المعروف بين الفقهاء قولان : أحدهما البطلان ، والثانى الصحة على ارادة المثل على وجه المشاركة ثم حكى عبارة أصحابنا أكثر مع وجود الآخر. وحمله على النصف فى كلام العامة أكثر مع وجود الآخر» .

قلت : ولكن قد عرفت أن المفهوم من العبارة غير ذلك كله ، وهو ما عرفته إلاّ مع قرينة خارجة تدل على ما يقتضى البطلان ، أو الجميع ، أو المشاركة ، وحينئذٍ يكون خارجاً عن محل النزاع الذى من المعلوم كون هذا اللفظ مجردا عن القرائن الخارجية فتأمل جيدا والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو كان له ابن قاتل ﴾ أو كافر أو عبد ، ﴿ فأوصى ﴾ بنصيبه حمل على مثله كما فى الدروس لدلالته على إرادة ذلك .

نعم لو أوصى ﴿ بمثل نصيبه قيل : صحت الوصية ﴾ على معنى نصيبه لو لم يكن قاتلا ﴾ صونا للكلام عن الهذرية ، وفى المختلف صحّت ان كان الموصى جاهلاً بأنّ الابن قاتل ، أو بأن القاتل لا يرث ، وتبطل ان كان عارفا بهما ، واستحسنه فى المسالك ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ فى مبسوطه ﴿ لا تصح ، لأنه لا نصيب له وهو أشبه ﴾ عند المصنف بل عن المبسوط القطع بذلك ولم يذكره غيره إلاّ الأقوى فى النظر الصحة مطلقاً لظهور كون المفهوم منه عرفاً أنّ له نصيبا مثل نصيبه لو لم يكن مانع الارث . ولو كان جاهلاً ، إذ جهله لا ينافى صحّة الوصية المعلوم عدم اشتراطها بفعلية نصيبه ، كمعلومية عدم توقف المعنى على ذلك كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثالثة : اذا أوصى بضعف نصيب ولده ﴾ مثلا ﴿ كان له مثلاه ﴾ لأن ضعف الشيء مثلاه كما هو الأشهر بين الفقهاء على ما في المسالك ، بل عن الخلاف حكايته عن عامة الفقهاء والعلماء وإن كان فيه أنّه خلاف ما في الصحاح ، وعن الجمهرة وأبي عبيد القاسم بن سلام من أن الضعف المثل .

نعم عن الأزهري الضعف المثل فما فوقه ، وليس بمقصور على مثليه فأقل الضعف محصور في الواحد ، وأكثره غير محصور ، وعن الخليل الضعف أن يزاد على أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر ، وعن نهاية ابن الأثير الضعف مثلان ، ويمكن أن يريد الازهري والخليل بيان الضعف بالمعنى المصدري الذي لا ينحصر في المثل أي المضاعفة ، فلا ينافي حينئذٍ معناه الذي هو المثل في غيره ، بل لعل عرفنا اليوم شاهد على ذلك ، وحينئذٍ فالمتّجه في محل البحث أن يكون له مثله ، اللّهم إلاّ أن يكون المراد مثله مضاعفاً ، وحينئذٍ يكون له مثلاه ، كما ذكره المصنف وغيره بل قيل : انه المشهور ، وأنّه يشهد له قوله تعالى[1] «اذاً لأذقناه ضعف الحياة وضعف المماة» أي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفاً وقوله[2] «أولئك لهم جزاء الضعف» وقوله[3] «أولئك هم المضعفون» .

﴿ و ﴾ لكن المتّجه على ذلك أنّه ﴿ لو قال : ضعفاه كان له أربعة ﴾ أمثاله كما عن المبسوط ﴿ و ﴾ مع ذلك ﴿ قيل : ثلاثة ﴾ أمثاله ، بل في المتن ﴿ و ﴾ غيره ﴿ هو أشبه أخذاً بالمتيقن ﴾ وفيه أن المتيقن المثلان لما عرفت من تفسير الضعف بالمثل ممن سمعت ، كما أنّ المتيقن هو الوصية بالضعف التي حكم فيها بالمثلين ، وما في المسالك من أنه لم يعتد بالقولين لضعفهما وشذوذهما بخلاف القول بالثلاثة المحكي عن بعض أهل اللغة التصريح بأنّ ضعفي الشيء هو ومثلاه ، فيكون ثلاثة أمثاله ، — يدفعه ما عرفت من تصريح من سمعت به لأنها عبارة ، والتصريح الذي ذكره هو المحكيّ عن أبي عبيدة معمر بن المثنّى قال : ضعف الشيء هو ومثله وضعفاه هو ومثلاه .

---

(١) سورة الاسراء الآية — ٧٥ .
(٢) سورة سبأ الآية — ٣٧ .
(٣) سورة الروم الآية — ٣٩ .

قلت وعليه تكون الوصية بضعف النصيب ، وصيّة بالنصيب ومثله ، وبضعفيه به ومثليه وليس هو المراد قطعا ، ويمكن أن يكون المراد مقدار النصيب ، ومثله الضعف فيكون مثلين ، ومقدار النصيب ، ومثلاه الضعفان ، فيكون ثلاثة أمثاله .

وفى الدروس ولو أوصى له بضعف نصيب ولده أعطى مثليه ، وبضعفيه ثلاثة أمثاله – وفى المبسوط أربعة أمثاله – وبثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ، والأصل فيه أن ضعف الشيء هو ومثله ، وضعفاه هو ومثلاه ، وهكذا ، وعلى قول المبسوط كل ضعف مثلان .

وعلى كل حال ، فلا ريب فى أنَّ المتّجه ما فى المبسوط ، بناء على أن المراد من الضعف المثلان ، والأخذ بالمتيقن لا يعارض ظاهر اللفظ ، ومنه يعلم أنَّ ما فى قوله أيضا ﴿ وكذا لو قال : ضعف ضعف نصيبه ﴾ أى كالضعفين فى القولين ، وأن الأشبه ثلاثة أمثاله ، وذلك لأن من قال إنّ الضعف المثلان فتضعيفه قدره مرتين ، وهو أربعة أمثال ، فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب ، ومن قال : بأنه ضم مثل الشيء اليه فيضعف هذا الضم زيادته مرة أخرى ، فيكون ثلاثة وضعفه ، وقد اعترف فى المسالك هنا بضعفه ، فقال : انه مخالف للتفسيرين السابقين للضعف لأن من جعله المثل فالتضعيف مثلان ، ومن جعله مثلين لزم أن يكون تضعيفه أربعة ، وأما اعتبار المنضم خاصة ، ففيه أن الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل والزائد لا نفس الزائد ، وإلاّ لكان هو القول بالمثل ، وبالجملة ، فالقول بأن ضعف الضعف ثلاثة أمثاله ضعيف جداً ، وقد وافقه عليه العلامة فى التذكرة والارشاد .

وفى المسألة وجه ثالث ، أن ضعف الضعف ستة أمثال ، بأن يكون الضعف ومثله معا هو الموصى به ، ويضعف بأن الوصية بالمضاف خاصة .

ورابع أنه مثل واحد ، بناء على أن الضعف هو المثل ، فضعف الضعف مثل المثل ، والمثل واحد ، فمثله كذلك ، وقد عرفت ضعف المبنى عليه ، وقد ظهر أن أرجح الأقوال كون ضعف أربعة أمثال .

قلت : لكنه ينافى ظاهراً موافقته للمصنف فى المسألة السابقة من الأخذ بالمتيقن نعم هو متّجه على ما قلناه ، فتأمل جيداً ، فان ما فى المسالك هنا لا يخلو من المناقشة من وجوه أُخر .

والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة : اذا أوصى بثلثه للفقراء ، وله أموال متفرقة ، جاز صرف كل ما في بلد الى فقرائه ﴾ قطعا للصدق الذي لا ينافيه احتمال إرادة فقراء بلده بعد عدم الدليل عليه ، فالأخذ بظاهر اللفظ حينئذٍ الشامل لهذا الفرد متّجه .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصى جاز أيضا ﴾ لذلك .

نعم في المسالك ان لم يستلزم تغريراً بالمال بسبب نقله ، ولا تأخيراً لاخراج الوصية مع امكان التعجيل ، وإلاّ أشكل الجواز لذلك ، وفيه أنه لا اشكال أيضا وإن أثم أو ضمن ، إذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم ، على أنه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولوية المستحق ، ووجود الحاكم وغير ذلك مما سمعته في الزكاة ، أما لو فرض عدم المستحق في بلد المال ، وعدم الخطر في نقله فلا اشكال أصلا ، كما أنّه لا اشكال في جواز اخراج قدر الثلث من المال الذي في بلد الموصى ، وترك الأموال المتفرقة للورثة ، مع رضاهم بذلك ، لأن المعتبر اخراج ثلث المال بالقيمة ، لا الاخراج من كل شيء ثلثه ، وأن كان اطلاق الثلث يقتضي الاشاعة الاّ أن يتعلق غرض للموصى بشيء من الأعيان أو الجميع فيتبع مراده حينئذٍ » .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يدفع الى الموجودين في البلد ، ولا يجب ﴾ عليه ﴿ تتبع من غاب ﴾ لأنّ الفقراء غير منحصرين ، فلا يجب الاستيعاب ، ولا تتبع من ليس في البلد لذلك .

وفي المسالك ، ويفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم ، ووجهه أن الموصى لهن مستحقون على جهة الاشتراك ، لا على جهة بيان المصرف كالزكاة ، وبهذا يظهر أن عدم وجوب التتبع رخصة ، وأنّه لو صرفه الى غير الموجودين أو إليهم مع غيرهم جاز » .

قلت فيه أولا : منع عدم إرادة المصرف من مثل اللفظ الذي لا فرق بين تعلق خطاب الزكاة وغيره في فهم أهل العرف منه ذلك ، ولو بقرينة عدم حصر الفقراء ونحوه

وثانياً : أنّ استحقاق الموصى لهم على جهة الاشتراك لا على المصرف لا يقتضي ما ذكره

من الرخصة ، ومن جواز الصرف الى غير الموجودين أو إليهم والى غيرهم كما هو واضح ، خصوصاً بعد أن ذكر ذلك وجها لوجوب استيعاب من فى البلد المنافى لذلك والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعدا ؟ قيل : نعم ، وهو الأشبه ﴾ عند المنصف ﴿ عملا بمقتضى اللفظ ﴾ الذى هو جمع ، وأقلّه ثلاثة على المختار ، وحينئذٍ لا يجوز أن يقصر عن ثلاثة ، فان لم يوجد فى البلد وجب الاكمال من غيره مراعاة للفظ الجمع ، وأن الحكم ليس لبيان المصرف عنده ، وإلاّ لاكتفى بالواحد وأشكله في المسالك «بأنه إن كان للاشتراك وجب تتبع الممكن ، وإن كان لبيان المصرف لزمه الاكتفاء بواحد ، فالجمع بين وجوب استيعاب من فى البلد وعدم وجوب صرفه الى غيرهم ، مع وجوب الدفع الى ثلاثة لا يخلو من اشكال » ثم قال : ولعلّ الوجه فيه أنّ مراعاة الجمع يوجب الثلاثة فصاعدا ، واستيعاب من حضر لاشتراكهم في الإستحقاق وعدم وجوب الدفع إلى من سواهم رخصة وتخفيف .

قلت : لم لا يكون هذا منه قرينة على عدم إرادته استيعاب من فى البلد ، من قوله «ولا يجب تتبع من غاب » فيكون حاصله عدم وجوب تتبع من غاب ، وعدم وجوب استيعاب من فى البلد ، ولكن يجب اعطاء الثلاثة فصاعد مراعاة للفظ الجمع المراد من تعريفه الجنس لا الاستغراق ، فهو للمصرف عنده ، إلاّ أنّه يراعى فى المصرف أقلّ الجمع فصاعداً .

بل قوله ﴿ وكذا لو قال : أعتقوا رقاباً ، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد ، الا أن يقصر ثلث مال الموصى ﴾ شاهد لذلك ، ضرورة كون المراد منه عدم الفرق بين الجمع المنكّر والمعرّف الذى لا يراد الاستغراق بتعريفه ، وأنّما المراد منه العهد الذهنى على حسب الارادة فى المفرد ؛ فى نحو أدخل السوق واشتر اللحم ونحو ذلك .

نعم قد يشكل بظهور إرادة الجنس الذى يلغى فيه مراعاة أقلّ الجمع ، كما يلغى مراعاته مع إرادة الاستغراق من مثل هذا اللفظ الذى علم عدم إرادة الاستغراق منه ، ولذا لم يراع فى مصرف الزكاة والخمس أقلّ الجمع فصاعداً ، ولكن لا ريب فى أن الأحوط ما ذكره ، كما أنّه لا ريب فى عتق الممكن من الأقّل مع عدم سعة الثلث ، لعدم سقوط الميسور بالمعسور ولأنّ

دلالة الجمع على افاده كدلالة اسم كل واحد منها عليه ، فلا يسقط التكليف بالممكن منها بتعذر الآخر ، فلا يرد أن الموصى به مسمّى الجمع فينبغى بطلان الوصية أو توقع تنفيذها مع رجائه .

إنّما الكلام فيما لو قصر حتى عن الواحد ، فهل يجب إعتاق شقص مع الامكان قولان : مع أنه فى المسالك استقرب الوجوب ، لثبوت عتق الجزء كالكل ، ولعموم «لا يسقط [1] » و «ما استطعتم » ونحوهما ، لكن قد يناقش فيه بأنّ لفظ الرقبة لا يدلّ على البعض إلاّ تضمنا ، والدلالة التضمّنية تابعة للمطابقية ، فإذا فات المتبوع انتفى التابع ودعوى – أنّ عتق الرقبة لما لم يتحقق إلاّ بعتق جميع أجزائها ، فكل جزء مقصود عتقه ، ومأمور به بالذات لا بالتبعية ، فيجب حيث يمكن – واضحة المنع ، ضرورة أن المقدمة وجوبها تبعيّ لا ذاتي كما حقق فى محله .

نعم قد يقال : إن صرفه فى ذلك أولى لأنّه أقرب الى مراد الموصى ، ولأنه بعض أنواع البرّ الذى هو مصرف الوصيّة المتعذرة على الأصحّ كما تقدم ، من غير فرق بين ما تجدد تعذرها وبين المتعذرة ابتداء فتأمل جيدا والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا أوصى الإنسان بعبد ، ولآخر بتمام الثلث ﴾ باعتبار قيمة العبد ﴿ صحّت الوصيتان ﴾ لوجود المقتضى وانتفاء المانع ، فيقوّم العبد يوم موت الموصى الذى هو حال نفوذ الوصية ، وينظر إلى بقية التركة ، فإن خرج العبد من الثلث صحت وصيته ، وينظر بعد ذلك فان بقى من الثلث بقية فهى للموصى له الثانى وإلاّ بطلت الوصيّة لفوات متعلقها وهذا واضح .

إنّما الكلام فيما لو تغيرت قيمة العبد أو بقية التركة ، وقد عرفت فيما تقدم أن المعتبر في قيمة التركة حال الوفاة بالنسبة إلى الزيادة والنقصان ، وحينئذٍ فإذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث ، فالنقص على الموصى له الثاني لأنّ الوصية بتكملة الثلث بعد الوصية الأولى ، فلا بدّ من اعتبار خروج الأولى أوّلا ثم الثانية إن بقي لها من الثلث شيء .

﴿ ولو حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له ، كان للموصى له الآخر تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً لأنه قصد عطية التكملة والعبد

(١) عن غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام .

صحيح ﴾ فلا بدّ من ملاحظة قيمته صحيحاً في الإخراج من الثلث ، فلو فرض أن قيمة العبد صحيحا مائة ، والباقي من التركة خمسمائة ، فأصل الثلث مائتان ، والوصية للثاني بمائة ، فإذا تجدد نقص العبد خمسون مثلاً رجعت التركة إلى خمسمائة وخمسين وثلثها مائة و- وثلاثة وثمانون وثلثا ، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصى له .

لكن في المسالك «ويشكل بأن مقتضى الوصية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له الثاني بعد إسقاط الأولى ، وهنا ليس كذلك ، لأن الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة ، فيجب أن يكون نقص العبد محسوباً من التركة بالنسبة إلى الأول ، فهو كالباقي ، فالمتّجه أن يكون للثاني مائة ، والواصل إلى الورثة الثلثان وزيادة» .

وفيه أنّه مناف لغرض قصد الموصي الوصية للثاني بما زاد عن قيمة العبد صحيحاً ولو باعتبار ظهور الوصية كذلك ، ثمّ الوصية بالتتمة للثاني ، واعتبار كون ما بيد الورثة ضعف ما بيد الموصى له مسلّم مع عدم صدور النقص بالعين الموصى بها ، الذي هو كتلف بعض العين الموصى بها ، ضرورة اقتضائه زيادة الورثة حينئذٍ ، واحتساب نفس النقص من التركة مناف للواقع ، ومضر للوارث كما هو واضح .

وعلى كل حال فالزيادة للوارث ، ضرورة عدم استحقاق الموصى له بالعبد إيّاها لأنها ليست مما أوصى بها له ، ولا الثانى لأنها ليست من التتمة ، ففى الفرض يأخذ الموصى له الثانى ما زاد عن قيمة العبد صحيحاً ، من المائة والثلاثة وثمانين وهو ما عدا المائة ، فتكون الخمسون للورثة ، وعلى ما ذكره هو يكون للوارث ثلاثة وثلاثون وثلث ، هذا كله فى النقص للعيب .

أما لو كان باعتبار السوق وكان خمسين مثلا اعتبر قيمة التركة عند الوفاة ، ولا ينقص بسببه شيء على الثانى ، بل يعطى تمام الثلث حينئذٍ ، وهو مائة وثلاثون وثلث ، والفرق أن العين هنا قائمة بحالها ، والثلث انما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصى وهو حال الوفاة ، بخلاف نقص المعيب ، فإنّه نقص محسوس له حصة من الثمن ، ولهذا ضمنه الغاصب ويثبت أرشه للمشترى ، دون رخص السوق ، مع احتمال أن يقال أيضاً أن الموصى قصد التتمة مع مساواة العبد القيمة العليا فتأمل .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو مات العبد قبل موت الموصي بطلت الوصية ﴾ به بفوات متعلقها ﴿ وأعطى الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح ﴾ لأن له تكملة الثلث ، فلا يسقط بموته شيء ، فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حياً ، ويحط قيمته من الثلث ، ويدفع الباقى الى الموصى له الثانى .

نعم لو فرض نقص المال غير العبد كأن ينقص مائة مثلاً فالنقص على الثانى فيكون له ستة وستون وثلثان ، ولا يجرى مجرى موت العبد ، لأنّ الفائت هنا على الورثة وهناك على الموصى له الأول ، وجانب الورثة موفّر ، كما أنّه لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة كان محسوبا عليهم ، فيكون للثانى تمام المائة هذا .

ولكن فى الدروس ، ولو أوصى له بعبد ، ولآخر بتمام الثلث صحّ ، فان مات العبد قبل الموصي بطلت الوصية به ويعطى الآخر التتمة ، فلو كان قيمته مائة وباقى المال خمسمائة ، أعطى الثانى مائة، ويشكل بأنّ الثلث الآن أنقص من الأول ، وكذا لو عاب أو رخص ، ومقتضاه حينئذٍ اعطاء تتمة الثلث الآن لا غير بعد إسقاط قيمة العبد صحيحا ، لأنّ الموصي قصد ذلك ،وفيه أنّ الموصي قصد ذلك بعد ملاحظة العبد من التركة لا أنه يخرج من ثلث ماعداه ، فلا فرق حينئذٍ بين موته قبل الموصي وبعده ، كما أنه لا فرق فى أصل المسألة بين تسليم العبد الى الموصى له وعدمه ، بعد فرض كون التعيب فى حياة الموصى ، كما عساه يومى إليه الحكم ببطلان الوصية بموته ضرورة أنّ تسلّمه قبل موت الموصي كعدم تسلّمه فالتقييد حينئذٍ فى المتن وغيره بذلك غير واضح ، ودعوى – إمكان إرادته الاعمّ من حياة الموصى وموته – يدفعها عدم تمامية الحكم حينئذ فيما بعد الموت ، بناء على أن القبول كاشف عن الملك حين الموت ، فالنقص بالعيب حينئذٍ داخل فى ملك الموصى له الأوّل ، فلا يحتسب على غيره .

وبذلك كله وما تقدم فى المباحث السابقة ظهر لك الحال فى أقسام المسألة وأن كثرها فى المسالك فقال : انّما الكلام فيما لو تغيرت قيمة العبد أو بقية التركة بزيادة أو نقصان قبل موت الموصى ، أو بعده ، وقبل تسلّم الموصى له العبد أوبعده ، وقبل وصول الثلثين إلى الورثة أو بعده ، لكن عند التأمل لا محصل لها فتأمل جيدا هذا .

﴿ و ﴾ قد ظهر مما قدمناه سابقاً أنه ﴿ لو كانت قيمة العبد بقدر الثلث بطلت الوصية للآخر ﴾ لانتفاء موضوعها .

المسألة ﴿ السادسة : اذا أوصى له بأبيه فقبل الوصية ، وهو مريض ، عتق عليه من أصل المال اجماعاً ﴾ منا سواء قلنا : بأن المنجزات منه أو من الثلث ﴿ لأنه ﴾ على الثاني ﴿ انما يعتبر من الثلث ما يخرجه عن ملكه ﴾ مما فيه ضرر بالوارث ﴿ وهنا ﴾ مع أنه ﴿ لم يخرجه ﴾ عن ملكه حتى يكون من التنجيز ، ﴿ بل بالقبول ملكه و ﴾ لكن ﴿ انعتق عليه قهرا تبعاً لملكه ﴾ لم يكن فيه ضرر على الوارث .

وما عن بعض العامة – أنّ خروجه من الثلث كالعتق اختياراً ، بل عن العلامة أنه قوّاه في التحرير ، لأن اختيار السبب كاختيار المسبب ، فمتى كان الأول مقدوراً فالثاني كذلك ، وقهرية العتق لا يقتضي الخروج من الأصل ، مع استنادها الى اختيار المريض في التملك – واضح الضعف بعد ما عرفت ، ومثل لو وهب فقبل الهبة وهو مريض ، وكذا لو كان قد ملكه بغير اختيار كالارث ، بل هو أولى بالحكم من الأول .

نعم لو ملكه مختاراً بعوض موروث كما لو اشتراه مثلاً بثمن المثل اتّجه القول بخروجه من الثلث ، لأن تملكه له باختياره سبب عتقه ، فجرى مجرى المباشرة المفوّتة للمال على الوارث ، ولو باعتبار بذل الثمن في مقابلة ما يعلم فواته ، وزوال ماليته ، مع أن المحكي عن أحد قولي الفاضل في القواعد نفوذه من الأصل أيضاً ، لأنّه انّما يحجر عليه في التبرعات ، والشراء ليس بتبرع فلا يكون محجورا عليه ، والعتق حصل بغير اختياره ، فلا يعتبر فيه الثلث ، وأن كان فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه .

أما لو اشتراه بما يزيد عن ثمن المثل ، فلا ريب في كون الزائد محاباة يخرج من الثلث ، بناء على القول بكون التبرعات منه كما أنّ الظاهر خروجه من الأصل على القولين لو ملكه بعوض موروث ، ولكنه بغير اختياره ، بمعنى استناده الى أمر الشارع له به ، مثل ما لو نذر في حال المرض – ان جوزنا كونه من الأصل – أنّه اذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه ، فوجده وهو مريض فاشتراه ، وقد يحتمل ضعيفا كونه من الثلث لحصول السبب المقتضي

للتصرف فى المرض .

وفيه أنه بعد أن كان ذلك سبب ايجاد الشارع صار بمنزلة الدين ، وكذا لو ملكه بعوض غير موروث باختياره ، كما لو آجر نفسه للخدمة به ، فيعتق من الأصل على القولين ، لعدم تفويته شيئاً على الورثة ، وأولى أن يملكه كذلك بغير اختياره ، بل بالزام الشارع ، كما لو كان قد نذر تملّكه بالاجارة كذلك .

ولو اشترى أباه بدون ثمن المثل بأن حاباه البايع بالنصف مثلا ، فباعه إياه بخمسمائة ، وهو يسوى ألفا صحّ حينئذٍ فى سبعة أعشاره عند الشيخ ومن وافقه ، لأن نصفه بمنزلة الهبة الذى تخرج من الأصل ، وعشران منه ينفذ فيهما البيع ، بناء على أنّ التركة ستمائة فثلثها منها مائتان ، فينفذ فيهما البيع ، ويبطل فى الباقى ، ويرد من الثمن ثلاثمائة ، فهى مع المائة الباقية أربعة ثلثان للورثة .

وفيه : أنّ بطلان البيع فى جزء من أحد العوضين يقتضى بطلانه فى مقابله من العوض الآخر لأن المجموع فى مقابل المجموع ، وليست المحاباة هبة حقيقة ، وانمّا هى فى معنى الهبة فتمتنع الصحّة فى مجموع أحد العوضين ، والبطلان فى البعض الآخر ، فالمتّجه حينئذٍ بطلان البيع فى ثلاثة أخماس العبد ، فى مقابلة ما زاد على ثلث التركة ، أعنى ثلاثة أخماس الثمن ، وهو ثلاثمائة ، ويصح فى خُمسيه بمائتين فينعتق فيه الخمسان ، ويكون التصرف فى ثلث التركة أعنى المائتين — والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة : لو أوصى له بدار ﴾ مثلاً ﴿ فانهدمت ﴾ لا بفعل الموصي ﴿ وصارت براحا ، ثم مات الموصي ، بطلت الوصية ، لأنها خرجت عن اسم الدار ﴾ الذى هوالمركّب الفائت بفوات أحد أجزائه ، وخصوصاً ما تفوت به حقيقته .

﴿ و ﴾لكن مع ذلك ﴿ فيه تردّد ﴾ ينشأ ممّا سمعت ، ومن بقاء بعض متعلق الوصية الذى لا يفوت بفوات البعض الآخر ، بعد أن كانت الوصيّة بكل جزء جزء ، وإن أدّاها بالوصية باسم المجموع ، لكنه كما ترى ، ضرورة ظهور اللفظ فى الوصية بالبعض من حيث كونه جزءمن المركب ، لا أنه وصيّة به لنفسه مستقلاً ، كما أوضحنا ذلك فى باب البيع عند

البحث على مسألة جواز بيع الوقف عند خرابه ، وربما فصّل بعضهم بأنه إن كان الموصى به دارا معينة ، فانهدمت فالوصية باقية ، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان ، وتغير الاسم لم يثبت كونه قادحاً ، والباقى منها بعض ما أوصى به ، وإن كان قد أوصى له بدار من دوره ، فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت ، لانتفاء المسمّى واستحسنه فى المسالك .

وفيه ما لا يخفى بعد ما سمعت ، ضرورة الاكتفاء فى البطلان بانتفاء الموصى به ، باعتبار جعل عنوانا الوصية الاسم المخصوص المفروض انتفاء مسمّاه بالانهدام وكفى بذلك مبطلا من غير فرق بين كونها معينة أو لا ، هذا .

وفى المسالك «وموضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصى ، وإلاّ كان رجوعاً» قلت : هو ليس إلاّ لما ذكرناه ممّا لا فرق فيه بين فعل الموصى وغيره فتأمل جيدا كى تعرف الحكم فى نظائر المسألة ، بل وفى غير الوصية .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا قال : اعطوا زيدا والفقراء كذا ، كان لزيد النصف من الوصية ﴾ كما لو أوصى لقبيلتين مختلفى العدد ﴿ وقيل : الربع ﴾ لأنّ أقل الفقراء ثلاثة ، وقد شرك بينهم ، وبين زيد بالعطف ، فيكون كأحدهم ، وفيه أن التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين آحاد الجمع ، فهو حينئذٍ فريق والجمع فريق آخر ، وإلاّ لم يكن الربع ، ضرورة عدم انحصار آحاد الجمع فى الثلاثة ، وكونها أقل لا يوجب المصير اليها مع وجود اللفظ الشامل له ولغيره .

ومن هنا يحكى عن بعض العامة وجه ثالث فى المسألة : وهو أن يكون زيد كأحد الفقراء ، فإن قسم المال على أربعة من الفقراء أعطي زيد الخمس ، وهكذا .

ورابع : أنّه يعطى زيد أقل مايتموّل ولا يجوز حرمانه ، وإن كان غنيا .

وخامس : أنّه إن كان فقيرا فهو كأحدهم ، وتخصيصه للاهتمام به ، وإن كان غنيا فله النصف .

وسادس : إن كان غنيا فله الربع ، وإلاّ فالثلث ، لدخوله فيهم .

وسابع : أن الوصية في حق زيد باطلة لجهالة من أضيف إليه ، وإن كان الجميع كما ترى ، ولذا انحصر أقوال أصحابنا في الأولين ﴿ و ﴾ قد عرفت أن — ﴿ الأول ﴾ منهما ﴿ أشبه ﴾ بل لعله كذلك وصف زيدا بوصف الجمع ، فقال : لزيد الفقير والفقراء ، وأولى منه لو وصفه بغير وصفهم ، كما لو قال : لزيد الكاتب والفقراء .

وعلى كلّ حال فلا بدّ من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء مراعاة لصيغة الجمع إذا لم يفهم منه إرادة الجنس على جهة مصرف الزكاة كما عرفته سابقا والله العالم .

﴿ القسم الثاني :في تصرفات المريض ﴾

﴿ وهي نوعان مؤجلة ﴾ بما بعد الموت ﴿ ومنجّزة ﴾ أي حاضرة معجّلة لم تؤجّل بالموت ﴿ والمؤجلة ﴾ وصية كتمليك عين أو منفعة مثلاً وغير وصيّة كالتدبير والنذر المؤجل بالموت .

وعلى كلّ حال فـ ﴿ حكمها حكم الوصية ﴾ في الخروج من الثلث ﴿ اجماعا وقد سلفت وكذا ﴾ لك ﴿ تصرفات الصحيح اذا قرنت بما بعد الموت ﴾ بناء على أنه ليس من الوصية بل هو عتق ، وقد تبعه على هذا التعبير الفاضل في القواعد والانصاف عدم خلوّه عن سماجة .

ولعل الأولى منه جعل تصرفاته قسمين : وصية أي معلّقة بما بعد الموت ، ومنجزة ، والأولى من الثلث والثانية ، ففيها البحث المعروف ، ولا يرد التدبير والنذر المقيّد بالموت بناء على أنهما من الوصيّة بل وعلى تقدير أنهما ليسا منها فحكمها في محلّها ، ولم يثبت صحة تصرف مؤجّل بما بعد الموت غير وصيّة غيرهما ، على أن إلحاق النذر المزبور بالوصية في الحكم المذكور أحد القولين في المسألة ، والآخر أنّه من الأصل ، فلا يناسب دعوى الاجماع عليه بل في دعوى الاجماع على خروج الوصية من الثلث فضلاً عنه مناقشة ، لمعروفية خلاف الصدوق في ذلك أللّهم الاّ أن لا يعتدّ بخلافه ، وأيضاً فمحلّ البحث هنا تصرفات المريض التي معظمها الوصية ولم يفده إلاّ بالتشبيه ، مع أن الحكم المزبور غير خاص بالمريض كما اعترف هو به .

وما في المسالك – من أنه بناء على ما استفيد من تعريف المصنف الوصية بانها تمليك عين أو منفعة الى آخره يتحقق أفراد كثيرة يطلق عليها إسم التصرف المؤجل دون الوصية ، كالوصية بالعتق والوقف على جهة عامة ، والوصية بابراء المديون ، وغير ذلك ، – فيه ما لا يخفى ، ضرورة أنّه لا وجه لانكار اطلاق إسم الوصية العهدية على ذلك ، وإن انتفى عنها إسم الوصية التمليكية ، كما كشفنا عن ذلك في أول الكتاب ، والأمر في ذلك سهل بعد وضوح المراد .

﴿ أما منجّزات المريض اذا كانت تبرعاً ﴾ محضاً ﴿ كالمحاباة في المعاوضات والهبة ، والعتق والوقف ، فقد قيل : إنّها من أصل المال ، وقيل : من الثلث ، واتفق القائلان : على أنه لو برء ﴾ المريض ﴿ لزمت من جهته وجهة الوارث أيضا ﴾ أى من حيث كونها تبرع مريض ﴿ والخلاف فيما لو مات في ذلك المرض ﴾ .

وقد أشبعنا الكلام في جميع أطراف المسألة في كتاب الحجر حتّى فيما ذكره المصنف هنا أيضاً من قوله ﴿ ولا بدّ من الاشارة الى ﴾ ذلك ﴿ المرض الذى معه يتحقق وقوف التصرف على الثلث ﴾ بناء عليه ﴿ فنقول : ﴾ إنّ المحكى عن الشيخ ومن تبعه أن عنوان الحكم في ذلك المرض المخوف .

وحينئذٍ فـ ﴿ كلّ مرض لا يؤمن من معه من الموت غالبا فهو مخوف ، كحمّى الدقّ والسلّ ، وقذف الدم ، والأورام السودائية والدموية والاسهال المنتن ، والذى يمازجه دهنية ، أو براز أسود يغلى على الأرض ، وما شاكله ﴾ مما يرجع فيه الى أهل الخبرة والتجربة من الأطباء ، فإنّ الأمراض يحصل بها تفاوت ، وله طرفان وواسطة ، أما أحد الطرفين فهو الذى يقارن الموت ، كحال من قطع حلقومه ومريّه ، وشقّ جوفه وأخرج حشوه ، بل قيل أنّ في اعتبار نطق مثل هذا اشكال ، ينشأ من عدم استقرار حياته ، فلا يجب بقتله دية كاملة ، ولا قصاص في النفس بل حكمه حكم الميت ، ولذا لا يصح اسلام الكافر في هذا الحال ، ولا توبة الفاسق ، فلا يعدّ حينئذ بيعه بيعا ، ولا إقراره إقراراً ، ومن صدق كونه عاقلاً رشيداً ، فالعمومات متناولة ولا يلزم من إلحاقه بالاموات في بعض الأحوال لدليل خاص ، إلحاقه بهم في جميعها ، وإن كان الأقوى الأخير .

﴿ وأما ﴾ الثانى وهى ﴿ الأمراض التى ﴾ لا يقارنها الموت عادة

بل ﴿ الغالب فيها السلامة فـ ﴾ انّ هذه ﴿ حكمها-حكم الصحة ، كحمّى يوم وكالصداع عن مادّة أو غير مادة ، والرمد والرمل والسلاق ﴾ الذي هو غلظ الأجفان عن مادة ردية غليظة ، يحمرُّ لها الجفنان ، وينتشر الهدب بل ربما أدّى إلى قلع الجفن ، وفساد العين ، ونحو ذلك من الأمراض التى ليست بمخوفة ، بل قيل : منها الفالج ، والسلّ المستمرّ لتطاول أزمانهما ، وذلك لأن الفالج استرخاء لأحد شقّي البدن لانصباب خلط بلغمّي يفسد منه مسالك الروح ، والسلّ داء يصيب الرية ، ويأخذ البدن منه فى النقصان والاصفرار ، فليسا بمخوفين ، لا فى الأول ولا فى الثانى ، اذ الثانى منهما وان كان لم يسلم منه صاحبه غالبا ، لكن لا يخشى من الموت عاجلا فهو بمنزلة الشيخوخة والهرم ، وقيل : إنّ انتهاءه مخوف ، وابتداءه غير مخوف ، لأن مدته تتطاول ، فلا يخاف من الموت عاجلاً ، فإذا انتهى خيف منه وربما قيل إنّ ابتداءه مخوف ، فإذا استمرّ لم يكن مخوفاً .

ولكنك خبير أنّه لا وجه لهذا الخلاف بين الفقهاء ، فإنّ لا مدخل له فى ذلك ، وإنّما المرجع فيه قوانين الطب ، والتجربة خصوصاً مع عدم معرفة زمان الانتهاء فانه غير مضبوط كالابتداء .

وأما الواسطة فهى ما أشار اليها المصنف بقوله ﴿ وكذا ما يحتمل الامرين كحمّى العفن ﴾ المتعلقة بالاخلاط الأربعة مع تعفّنها ، وفى المسالك أنّ الحمى العفنيّة أنواع منها الورد ، وهي التي تأتي كلّ يوم ، والغبّ يوماً وتترك يوما والثلث تأتي يومين وتترك يوما وتعود في الرابع ، والأخوين وهي التي تأتي يومين وتترك يومين وقد أطلق المصنف أنها ليست مخوفة ، بل محتملة لأمرين ، وذكر جماعة منهم العلامة أن ما عدا الغبّ والربع مخوف» .

قلت : لكن فى القواعد تمثيل المحتمل بحمّى المطبقة قال : لا كحمى الربع والغبّ إلاّ أن ينضم إليها برسام أو عارف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رية أو قولنج ، والأمر فى ذلك سهل بعد أنّ المرجع فى ذلك أهل الطب والتجربة .

﴿ و ﴾ كذا الكلام فى ﴿ الزحير ﴾ الذى هو حركة منكرة تدعو الى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره ﴿ والاورام البلغمية ﴾ والطاعون وغيرها وان ذكروا فى الأول منها يكون مخوفاً مع اقترانه بإسهال ونحوه. بل قيل : إنالاسهال

اذا تواتر ولم يمكن منعه فهو مخوف ، لأن من لحقه ذلك أسرع فى موته لتجفيفه رطوبات البدن .

نعم ان لم يكن متواترا ، فان كان يوماً أو يومين ولم يدم فليس بمخوف لأنه قد يكون من فعل الطعام ، الاّ أن يقترن به زحير ، وهو أن يخرج بشدّة أو بوجع أو تقطيع بمعنى خروجه مقطعا ، وقد يتوهم انفصال شيء كثير ، فإذا نظر كان قليلاً ، فانه حينئذٍ يكون مخوفاً لاضعافه القوة ، وكذا لو كان معه دم ، لأنه يسقط القوة وكذا الاسهال المنتن اذ الذى يمازجه دهنيّة أو براز أسودّ يغلى على الأرض ، وفى الاخير انه يكون من هيجان الدم على جميع البدن فينتفخ به البدن مع الحمّى أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو إلى غير ذلك من كلماتهم المتكثّرة فى هذا المقام .

والمهمّ بيان أصل الحكم فإنه لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على جعل المخوف عنوانا للحكم كي يتّجه المباحث المزبورة وغيرها ، وإنما الموجود فيها «حضرته الوفاة ، أو عند وفاته ، والمريض ، وغير الصحيح» ونحو ذلك . ودعوى كون المتيقّن فيها المرض المخوف ، فيبقى غيره على الأصول والعمومات كما ترى ، أو عدم صدق المريض على غير المخوف عرفا ، بل هو خاص بالمخوف والحقيقة العرفية مقدمة على غيرها ، وكذا دعوى كون المراد من قوله «عند موته» ظهور أماراته لا نزول الموت قطعا ، على أنه أقرب منه والمراد ظهور أماراته بالمرض لإشعار قوله «المريض محجور عليه إلاّ في ثلث ماله» ، بذلك ، وللإجماع على عدم الحجر بغير المرض .

ومن هنا قال المصنف : ﴿ ولو قيل : بتعلّق الحكم بالمرض الذى يتفق به الموت سواء كان مخوفاً فى العادة أو لم يكن لكان حسنا ﴾ لاطلاق الأدلة ، بل فى القواعد أنه الأقرب ، وحينئذٍ يراد بحضور الوفاة وعند الموت المرض الذى يموت به ، لكن قد يناقش بمنع صدق اسم المرض بوجع السن ونحوه ، وأن اتفق الموت بل لايكاد يتفق العلم بحصول الموت به عادة ، واحتمال الاكتفاء له – بمقارنة الموت له إنّ لم يعلم كون الموت به – مخالف لظاهر العبارة .

نعم ربما كان ذلك ظاهر ما فى القواعد «الأقرب عندى أنّ كل تصرف وقع فى مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفا أم لا ، فانه يخرج من الثلث» بل فى جامع المقاصد «وإن كان

الانصاف معلومية عدم إرادته ذلك ، كما أن الانصاف عدم ظهور الأدلة فيما يشمل ذلك ، وإن لم يعلم استناد الموت إليه ، وقد ذكرنا تمام الكلام في كتاب الحجر.

لكن قد يقال : هنا أن مقتضى الأدلّة الخروج عن الثلث بأحد أمرين .

أحدهما : المرض الذى يموت به سواء كان مخوفا أم لا .

وثانيهما : حال حضور الوفاة ، وإن لم يكن بمرض سابق بل كان تنجيزه فى حال نزعه ، وتشاغله بخروج روحه ، إن لم يكن إجماع على خروج ذلك من الأصل ، كما عساه يظهر مما سمعته سابقاً من جامع المقاصد ، وإلّا كان المتجه تقييد اطلاقات المريض به ، فيختص الخروج من الثلث بما إذا كان عند حضور الوفاة عرفاً ، ولعلّه شمل ما عدا الأمراض المزمنة التى تستمرّ سنين ، فان الخروج من الثلث فيهما مختص بما اذا قرب موته بها عرفا ، خصوصا من الأصل لا الثلث ، ومنه يعلم الوجه فيما ذكره لمصنف بقوله ﴿ أما وقت المراماة فى الحرب ﴾ وامتزاج الطائفتين للقتال ، مع تساويهما أو تقاربهما فى التكافؤ ، بل الظاهر عدم اعتبار الامتزاج كما هو ظاهر المتن خصوصاً فى المراماة بالرصاص ونحوه .

نعم فى المسالك لوكانت إحداهما قاهرة لكثرتها أو قوتها ، والأخرى منهزمة مع أنه قد يقال : يتحقق الخوف أيضا فى بعض أفراد ما فرض سيما مع الثبات .

﴿ والطلق للمرأة ، وتزاحم الامواج فى البحر ، فلا أرى الحكم يتعلق بها لتجردها عن اطلاق اسم المرض ﴾ وفاقا للمشهور بين أصحابنا ، بل فى المسالك لم ينقل المصنف ولا غيره خلافاً فيه ، بل فى جامع المقاصد ما سمعته من الاجماع المزبور ، لكن عن ابن الجنيد إلحاقها بالمرض المخوف ، بل عنه أنه زاد ما إذا قدم لاستيفاء قود او ليقتل رجما فى الزنا ، أو قطع الطريق ، أوكان أسيراً فى يد عدوّ من عادته قتل الأسير ، وغير ذلك مما كان فى حالةٍ الاغلبُ فيها التلف . وهوكما ترى لا دليل عليه بعد كون المراد من قوله «حضرته الوفاة . وعند وفاته » حالة مرض . ولو فرض نزع روحه بقرينة غيرها من النصوص التى تكشف بعضها عن بعض . خصوصاً ما صرّح فيها بأنّ تصرف الصحيح الصادق على مثل الفرض قطعا من الأصل كما هو واضح .

فلا اشكال فى المسألة حينئذٍ بناء على عدم حجية العلّة المستنبطة الّتى هى رأي المخالفين ، وربما كان ذلك هو الداعى الى ابن الجنيد فى اختيار ذلك قبل رجوعه عن القول بالقياس ، وأما ما يحكى عن الشيخ من أنّ للحامل ثلاثة أحوال قبل الطلق ، ومعه ، وبعده ، فما قبله ليس مخوفاً ، وما معه مخوف ، وما بعده إن لم يكن معه دم وألم فليس مخوفا والا فهو مخوف ، بل لاح من الفاضل فى القواعد موافقته ، بل فى جامع المقاصد أنه لا يخلو من وجه ، فليس خلافا فى المسألة فى الحقيقة وإنّما هو فى خصوص ذلك ، بل لعل القول به فى بعض الأحوال غير بعيد والله العالم .

﴿ وها هنا مسائل ﴾ كثيرة فى المقام كما لا يخفى على من لاحظ الكتب المطولة إلاّ أن المصنف اقتصر على ستة :

﴿ الاولى : إذا ﴾ تبرع بتنجيز أمور متعددة فى مرض موته كما لو ﴿ وهب ﴾ وباع ﴿ وحابى ﴾ أى باع بدون ثمن المثل ﴿ فان وسعها الثلث فلا كلام ﴾ فى نفوذهما معا منه ﴿ وإن قصر بدء بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث وكان النقص على الاخير ﴾ بلا خلاف فى شيء من ذلك عندنا ولا اشكال ، لأنّ الأول قد وقع عن حال نفوذ تصرفه فى ثلثه من غير حاجة الى اذن الوارث ، فإذا استوفى الثلث وقع التصرف حينئذٍ فى حق الوارث المحتاج إلى الاجازة ، من غير فرق فى ذلك بين العتق وغيره ، خلافاً لبعض العامة ، فقدمه مطلقاً وآخر منهم فساوى بينه وبين المحاباة على تقدير تأخيرها عنه ، ولا ريب فى ضعف الجميع .

وكذا الكلام على الأصح فيما لو أوصى بوصايا متعددة مالم تقم قرينة على إرادة العدول ، من غير فرق بين أن يكون فى اللفظ ما يقتضى الترتيب وعدمه لأن السابق قد حكم بصحته ، فلا يبطل إلاّ بدليل ، ولخبر حمران[1] عن الباقر عليه‌السلام المتضمن لعتق من ابتدأ بالوصية بعتقه ثمّ من بعده وهكذا ، وقد تقدم البحث فى ذلك والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : اذا جمع بين عطية منجّزة و ﴾ عطية ﴿ مؤخرة ﴾ بعد

---

(١) الوسائل الباب – ٦٦ – من أبواب أحكام الوصايا الحديث –١ .

الموت ﴿ قدمت المنجزة ﴾ وان كانت متأخرة لاقتضائها الملك فعلا ﴿ فان اتسع الثلث للباقي نفذ ﴾ أيضا ﴿ وإلاّ صح فيما يحتمله الثلث وبطل فيما قصر عنه ﴾ إلاّ اذا أجاز الوارث بلا خلاف ولا اشكال .

ومن ذلك كله ظهر لك أن المنجزات تشارك الوصية فى توقف نفوذها على سعة الثلث أو إجازة الوارث ، وفى البدأة بالأول فالأول ، من غير فرق بين العتق وغيره ، وفى أنها تصح عندنا للوارث وغيره ، خلافاً للعامة ، وفي أنَّ المدار على الثلث فيهما حال الموت لا قبله ولا بعده ، أو قبله .

قيل : وفى أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث ، فيدخل النقص على الوصايا بسببها كما يدخل النقص على وصيّته بسبب أخرى ، وفيه نظر .

وفى أنّ فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة فى الصحّة ، وفيه نظر ، لأنّ النبى صلى الله عليه وآله [1] «سئل عن أفضل الصدقة فقال : ان تتصدّق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر – ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم ، قلت : لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان ، وقد كان لفلان » .

وتفارقها فى أنّ قبول المنجزة على الفور بخلاف الوصية التى يقع قبولها بعد الموت ، وفى أنها مشروط بالشروط المعتبرة إذا صدرت فى حال الصحة ، كالعلم النافى للغرر فى المحاباة ، والتنجيز المعتبرة فى البيع وغيره من العقود ، بخلاف الوصية فانّها معلّقة بالموت وعدم الغرر غير شرط فى صحتها .

وفى أنّها لازمة فى حقّ المعطي ، ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، لأنّ المنع من الزيادة على الثلث انما كان لحق الورثة ، فلم يملك اجازتها ولا ردّها ، وإنّما كان له الرجوع فى الوصية ، لأنّ التبرع بها مشروط بالموت ، وقبولها المعتبرة انّما هو بعده فقبل حصوله لم يوجد التبرع ، فكان للموصى الرجوع ، بخلاف العطية المفروض حصول الايجاب والقبول ، والقبض على الوجه

(١) المستدرك ج ١ ص ٥٣٥ لكن الرواية عن الصادق عليه السلام وعن النبى (ص) مع تفاوت .

المثمر للزوم ، للاقتران بنيّة القربة ونحوه ضرورة كونها حينئذٍ كالوصية إذا قبلت بعد الموت قيل : وفي أنها مقدمة على الوصية بالتنفيذ وإن تأخرت من غير فرق بين العتق وغيره على ما عرفت ، وفيه نظر وفي أنها لازمة في حق المعطي والوارث معا على تقدير البرء فانّه ليس لواحد منهما حينئذٍ إبطالها بخلاف الوصية ، وفي أن اللزوم في حق المتبرع عليه حيث يكون التصرف لازماً من طرفه بخلاف الوصية ، والأمر في ذلك كله سهل ، والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : إذا باع كراً من طعام ﴾ أو غيره ممّا هو ربوي ﴿ قيمته ستة دنانير ﴾ مثلاً ﴿ وليس له سواه بكرّ رديء ﴾ مجانس له ﴿ قيمته ثلاثة دنانير ﴾ مثلا ﴿ فالمحاباة هنا بنصف تركته ﴾ ولم يجز الوارث ، فلا اشكال في البطلان في الزائد على الثلث كما لا اشكال ﴿ فـ ﴾ ي أنّه ﴿ يمضي في قدر الثلث ﴾ وحينئذٍ فالذي بطل فيه المحاباة في الفرض السدس ، ضرورة أنّ له من الستّة ثلثها ، وهو اثنان والفرض انه قد حابى بنصف التركة ، وهو ثلاثة ﴿ فـ ﴾ يزيد على الثلث واحد ، هو سدس التركة .

لكن ﴿ لو رددنا السدس على الورثة لكان رباء ﴾ لمعلومية اقتضاء البطلان في المبيع ولو جزء منه البطلان فيما قابله من الثمن ، كمعلومية عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا ، لأنه عقد صدر من أصله في محلّه فيندرج تحت اطلاق الأدلة وعموماتها ﴿ و ﴾ من هنا لم أجد خلافاً في ذلك هنا ، بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه .

نعم ﴿ الوجه في تصحيحه ﴾ بحيث يسلم منه من الربا ومن مخالفته قاعدة مقابلة الثمن للمثمن ﴿ أن يردّ على الورثة ثلث كرّهم ، ويردّ على المشتري ثلث كرّه ﴾ وحينئذٍ ﴿ فيبقى مع الورثة ثلثا كرّ قيمتهما ديناران ، ومع المشتري ثلثا كرّ ﴾ من الجيد ﴿ قيمتهما أربعة ﴾ دنانير مضافاً إلى ثلث الكرّ المردود إليه الذي قيمته دينار ، فيكون المجتمع عنده خمسة دنانير ، كما أن المجتمع عند الورثة أربعة دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذي يرجع إليه ، وأما الباقي عنده الورثة أربعة دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذي يرجع إليه ، وأما الباقي عنده من كرّهم أربعة دنانير اثنان منها قد استحقها في مقابلة ثلثي كرّه الردي ﴿ فيفضل معه ﴾ أي المشتري المحاباة ، وبذلك يحصل الجمع بين حقي

الوارث والمشترى ، ومراعاة القاعدة الّتى سمعتها وحينئذٍ يبطل البيع فى ثلث الكرّ وما قابله من الثمن ، ويصحّ فى ثلثيه ، وما قابلها من الثمن .

والضابط أنّه يجب أن يبقى مع الورثة ضعف ما صحّت فيه المحاباة من غير لزوم الربا ، وطريقه أن يسقط قيمة كرّ المشترين من قيمة كر الورثة ، وينسب ثلث المبيع إلى الباقى ، فيصح البيع فى تلك النسبة ، ففى الفرض مثلاً إذا سقط ثلاثة دنانير من ستّة بقى ثلاثة ، فإذا نسب إليها ديناران كانا ثلثيها ، فيصح البيع فى ثلثى كرّ بثلثى الآخر ، ويتردّان الثلث ، ولو فرض أن قيمة كر المريض تسعة ، وكرّ المشترى بحاله كانت المحاباة بثلثى التركة ، وتصحيحه إنّما يكون بترادّ النصف من كل منهم ، فيكون المجتمع عند الورثة ستّة دنانير ، أربعة ونصف قيمة كرّهم الذى رجع إليهم ، ودينار ونصف قيمة الكرّ الذى هو الثمن ،وعند المشترى أيضاً ستّة ، لكن منها دينار ونصف قيمة كره الّذى رجع إليه ، وأما الباقى عنده من كرّهم نصف قيمته ، أربعة دنانير ونصف منها دينار ونصف فى مقابلة نصف كرّه الذى عند الورثة ، وثلاث دنانير بالمحاباة النافذة فيها ، لأنها قدر الثلث الذى فرض أنه فى يد الورثة ضعفاه ، أى ستة .

وطريقه على ما سبق أن تسقط ثلاثة قيمة كرّه الردّى من التسعة قيمة الكر الجيد ، يبقى حينئذٍ ستة ، فإذا نسب الثلث إليها كان نصفاً منها ، فيعلم حينئذٍ صحة البيع فى نصف أحدهما بنصف الآخر .

وهكذا القياس فى جميع ما يرد عليك من الأمثلة فى هذه المسألة الدورية ، لتوقف معرفة قدر المبيع فيها على معرفة قدر التركة ، لاشتمالها على المحاباة الّتى لا تخرج إلاّ من الثلث التى تجب معرفة قدره ، ومعرفته متوقفة على معرفة قدر مجموع التركة ، ومعرفة قدر مجموع التركة متوقفة على معرفة قدر الثمن ، لأنه من جملتها ، ومعرفة قدر الثمن متوقفة على معرفة قدر المبيع ، فيدور . ولكنه دور معية ، وهو الذى يتوقف كل منهما على مصاحبة الآخر كالمتضائفين ، لا الدور المحال ، وهو الذى يتوقف وجود كل منهما على وجود صاحبه ، بمعنى أنه لا يوجد إلاّ بعد وجوده .

وللعلماء فى التخلّص من هذا الدور وبيان المطلوب طرائق منها طريق الجبر والمقابلة ، ومنها

طريق الخطائين كما أطنب بهما فى المسالك وإن كان فى غير محلّه ضرورة عدم كونه وظيفة الفقيه ، وستسمع كيفيّة الأوّل منهما – إن شاء اض تعالى – في المسألة الآتية التي يقاس عليها غيرها من المسائل الدورية الّتي أطنب فيها في القواعد والأمرس هل .

المسألة ﴿ الرابعة : لو باع عبدا قيمته مائتان . بمائة وبرء ﴾ من المرض ولم يكن له سواه ﴿ لزم العقد ﴾ كما فى غيره مما ينجّزه ، بلا خلاف ولا اشكال لاطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ كذا لو مات وأجاز الوارث .

نعم ﴿ ان مات ولم تجز الورثة صح البيع ﴾ فى الجملة بلا خلاف للاطلاق كما لا خلاف على القول بأنّ المنجزات من الثلث فى عدم النفوذ فى الجميع .

إنّما الكلام ﴿ فى ﴾ تعين قدر المبيع ، وحيث أن المقام لا ربا فيه ، فالمنصف والمحكى عن الشيخ ومن تبعه بل نسبه بعضهم الى المشهور على أنه ﴿ النصف فى مقابلة ما دفع ﴾ من الثمن المفروض مساواته للنصف ﴿ وهى ثلاثة أسهم من ستة ، وفى السدسين بالمحاباة ، وهى سهمان هما الثلث من ستة ﴾ الذى نفذت فيه المحاباة ، ﴿ فيكون ذلك خمسة أسداس العبد ، ويطل ﴾ أى المحاباة ﴿ فى الزائد ﴾ عن الثلث ﴿ وهو سدس ﴾ العبد ﴿ فيرجع على الورثة و ﴾ لكن ﴿ المشترى ﴾ مع جهله بالحال ﴿ بالخيار إن شاء فسخ ، لتبعض الصفقة ، وإن شاء أجاز ﴾ وكانت الخمسة أسداس فى مقابلة مجموع الثمن ﴿ و ﴾ رجع السدس على الورثة من غير ردّ شيء من الثمن بل ﴿ لو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والاجابة لأن حقهم منحصر فى العين ﴾ فلا يلزمون بالعوض قهرا ، كل ذلك لأصالة لزوم العقد من الجانبين إلاّ فى قدر الضرورة ، ولأن هذا العقد فى قوة بيع وهبة صحت فيماله ، وبطلت فيما ليس له ولا ربا فى المقام .

ولكن فيه أنّه مناف لقاعدة اقتضاء بطلان البيع فى المبيع ، البطلان أيضاً فيما قابله من الثمن ، كما فى غيره من أفراد البيع الذى يصح فى بعض ، ويبطل فى آخر ، ومن هنا قال الفاضل فى القواعد بل قيل : فى أكثر كتبه : «الحق عندى هنا مقابلة أجزاء الثمن باجزاء المبيع ، كما في الربوي ، ولأن فسخ البيع فى البعض يقتضى فسخه فى قدره من الثمن ، وكما لا يصح

فسخ البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن » .

وتبعه على ذلك الكركي محتجاً بما أومى إليه من أن البيع يقتضي مقابلة جميع اجزاء المبيع ، بجميع أجزاء الثمن ، لأن ذلك معنى المعاوضة ، فاذا بطل البيع في شيء من المبيع ، وجب أن يبطل في مقابلته من الثمن ، والاّ لبقي ذلك البعض من غير مقابل ، فينتفي فيه معنى المعاوضة ، وبذلك يبطل استدلالهم بالأصل المزبور ،والعقد المذكور لم يشمل على بيع وهبة بالاستقلال ، وأنّما هو بيع يلزمه ما هوكالهبة وليس للهبة فيه ذكر ، إذ ليس هنالك إلاّ الايجاب والقبول ، اللذان هما عقد البيع ولا يلزم من لزوم ما هوكالهبة أن يتخلف عن البيع مقتضاه ، وهو المقابلة المزبورة ولا أقلّ من أن يكون هذا التحابي مثل من حابا بماله ومال غيره فلم يجز ، فانّه يبطل من الثمن بمقدار ما قابله ، ومثله المحاباة .

قلت : قد يفرق بين المقام وغيره من المقامات باعتبار كون المال أجمعه ملكا للمريض ، ليس لأحد فيه شيء حال بيعه ، وليس بطلان البيع فيه انكشاف بطلان ، بل حدوث ملك للوارث بموت المورث ، مكان البيع حال وقوعه وقع على المحاباة بما زاد على ما قابل الثمن من المبيع ، إلاّ أنّ في الزائد على الثلث منه تعلق حق للوارث وان انتقل اليه قبل الموت انتقالا متزلزلا ، فان لم يجز الوارث تبطل المحاباة فيه فمع فرض تناول ما دلّ على خروج التبرعات من الثلث للمحاباة ، لا شك في إرادة ما يقوله المشهور من خروجها ، ضرورة أن المعنى وقوع المحاباة في الثلث خاصة ، وفي غيره على الإجازة ، وكون الثمن مقابل ما يساويه من المبيع ، إلاّ أنه لما منع الربا من اجراء ذلك في الربويّ احتيج الى ما عرفت ، بخلاف المقام الذى لا ربا فيه وظاهر دليله المذكور اختصاص مقابلة الثمن بما يساويه ، وأن التحابي وقع في الثلث وغيره ، ولا أقلّ من أن يكون ذلك مخصصا لتلك القاعدة بعد تسليم شمولها للمقام ومن ذلك يظهر قوة قول المشهور .

وعلى كل حال ، فقد بان لك الحال في القسمين الربويّ وغيره ، ففي المقام لو باع عبدا — لا يملك سواه وقيمته ثلاثون — بعشرة فقد حابا بثلثي ماله فعلى المشهور يأخذ ثلثي العبد بجميع الثمن لاستحقاق أحدهما بالمحاباة ، والآخر بالثمن ، وعلى قول الفاضل يأخذ نصف المبيع بنصف

الثمن ، وينفسخ البيع فى الباقى ،لأن فيه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه ، كما سمعته فى الربوىّ الذى يشبه نظر الفرض فيه ، كما لو اشترى قفيزاً يساوى تسعة ، بقفير يساوى ثلاثة ، ولو باع العبد بخمسة عشر كانت محاباته بالنصف ، فعلى المشهور صح البيع فى خمسة أسداسه بجميع الثمن ، وذلك لأن الضابط فيه نسبة الثمن وثلث التركة الى قيمته ، فيصحّ البيع فى مقدار تلك النسبة ، وفى الفرض خمسة أسداس .

وعلى قول الفاضل صحّ فى ثلثيه بثلثى الثمن نحو ما سمعته فى الفقير الذى قيمته ستة مثلا ، ثم بيع بثلثيه الذى قد عرفت الضابط فيه إسقاط الثمن من قيمته المبيع ونسبة الثلث الى الباقى ، فيصح البيع من قدر تلك النسبة ، وينسب الثلث الى المحاباة فيصح البيع فى قدر تلك النسبة ، وعلى التقدير فى الفرض يصح البيع فى ثلثى العبد بثلثى الثمن ، ويبطل فى الزائد ثمنا ومثمنا وقيمة كما فى الربوى .

ولو فرض أنه خلف عشرة أخرى مع العبد المذكور ، فعلى قول الفاضل يصح البيع فى ثمانية أتساع العبد ، وهى ستة وعشرون وثلثان ، بثمانية أتساع الثمن ، وهى ثلاثة عشر وثلث ، وذلك لأنه قد حابا فى الفرض بثلث تركته وثمن ثلثها فاذا أسقطنا الخمسة عشر من ثلثين ، ونسبنا الثلث ، وهو ثلاثة عشر وثلث إلى الباقى من القيمة ، وهو خمسة عشر يكون ثمانية أتساعها ، أو نسبنا الثلث المزبور الى المحاباة ، وهو ثلث التركة وثمن ثلثها ، أى خمسة عشر يكون ثمانية أتساعه أيضا ويبقى من العبد ستة ، وهو ثلاثة وثلث ، فاذا ضمت الى العشرة ، وضم المجموع الى الثمن ، كان مقدار المحاباة مرّتين ، وهو الميزان فى المقام .

وعلى المشهور يصح فى نصف العبد وأربعة أتساعه بجميع الثمن ، لأنك اذا نسبت الثمن وثلث التركة الى قيمة العبد يكون المجموع نصفها وأربعة أتساعها فيصح حينئذٍ فى ذلك ، ويبطل فى نصف تسعه فيكون نصفه فى مقابل الثمن ، وأربعة أتساعه بالمحاباة ، وذلك ثلث التركة ، ويبقى فى يد الورثة خمسة عشر هى الثمن ، ونصف تسعه ، واحد وثلثان مع عشرة وذلك ضعف المحاباة .

ويمكن على قول الفاضل استخراج ذلك بطريق الجبر والمقابلة فى المسائل الثلاث بأن

ينسب الثمن إلى المثمن ، ويستخرج قدر المحاباة ، فللورثة ضعفها من العبد والثمن ، فيقال : في الأولى صح البيع في شيء من العبد ، بثلث شيء من الثمن ، فالمحاباة بثلثي شيء ، فللورثة شيء وثلث شيء والشيء من العبد ، فيبطل من الثمن ثلث شيء ، فالثمن في تقدير ثلثي شيء ، والعبد في تقدير شيئين ، فالشيء خمسة عشر فللمشتري خمسة عشر هي نصفه ، ويرجع اليه من الثمن خمسة وكذا للورثة .

وفي الثانية يصح البيع بنصف شيء من الثمن ، فالمحاباة بنصف شيء ، فللورثة شيء ، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء ، يبقى لهم نصف شيء من العبد ، فيبطل البيع في مقابله ، وهو ربع شيء من الثمن ، فالعبد في تقدير شيء ونصف ، والثمن في تقدير نصف شيء وربع فالشيء إذاً عشرون .

وفي الثالثة يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن ، فللورثة مقابل المحاباة شيء من التركة والثمن ، وقد حصل لهم نصف شيء من الثمن ، فالعبد والعشرة الزائدة في تقدير شيء ونصف ، فالشيء اذاً ستة وعشرون وثلثان ، الى غير ذلك مما ليس هو وظيفة الفقيه ، وإن أطنب فيه جماعة من العلماء ، خصوصا ثاني الشهيدين في المسالك ، فانه ذكر استخراج ذلك بهذا الطريق ، وطريق الخطائين أيضا في الربوي ، والأمر سهل على المعارف بطريقة الحساب ، والأسهل لغيره ما ذكرناه بالطريق الأول والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا أعتق أمة في مرض الموت وتزوج ﴾ بها جاعلا مهرها عتقها ﴿ ودخل بها صحّ العتق وورثته ﴾ بالزوجية ﴿ ان أخرجت من الثلث ﴾ خلافا للمحكي عن الشافعي ، فانه قال : لا ترث ﴿ وإن لم تخرج فعلى ما مرّ من الخلاف في المنجّزات ﴾ في الخروج من الأصل والثلث ، فعلى الأول أيضا بطلان العتق أيضا ، لأنه لم يعتقها إلاّ على تقدير التزويج بها ، ولا ريب في ضعفه .

نعم لا ترث لبطلان النكاح بتبعّض البضع ، وهل لها عوض البضع شيء وجهان : كما عن شرح الإرشاد للشهيد ، من أنه لم يجعل لها عوضا سوى عتق رقبتها ، وقد بطل في الزائد على الثلث ، وصار حقا للوارث ، فلم يستحق غيره ، وكأنه ظاهر الفاضل في القواعد ، ومن

إلحاقها بمن أمهرها قدر قيمتها ، فإنّ المسمى يبطل ، ويستحق من مهر المثل بالنسبة ، ويدخلها الدور حينئذ كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى .

وفيه لقاعدة عدم خلوّ الوطىء ، المحترم عن عوض ، فلو كان مهر مثلها بقدر قيمتها فى الفرض المذكور ، ولم يخلف سواها عتق نصفها ، وتستحق من مهر المثل مثله ولا يحسب من الثلث لأنه كعوض الجناية ، فيكون للورثة شيئان ، مقابلة ما عتق منها وحينئذٍ فيكون فى تقدير أربعة أشياء ، وربع منها بالعتق وربع بالوطىء ، فيكون نصفا ، ويبقى للوارث نصف ، هذا ، ولم يصرّح المصنف بجعل مهرها صداقها لكن فى قوله «ان خرجت» تنبيه على ذلك ، اذ لو كان قد سمّى لها مهرا ، لوجب اعتباره من الثلث أيضا ، وكانت كالمسألة الآتية التى فيها الدور ، ولو كانت مفوّضة البضع أو المهر لوجب بالدخول بها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض اليه ، فيعتبر خروجه من الثلث أيضا ، فلا يتم اطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصح العقد والعتق ، وأما التقييد بالدخول فلمعلومية اشتراط نكاح المريض به ، وإلاّ بطل العقد ، وترتب عليه عدم الإرث والمهر .

ولو أعتق أمة وتزوّجها بمهر ودخل صح الجميع ، إن خرجت هى وما زاد عن مهر مثلها من الثلث ، وورثت ، وأن لم تخرج هى من الثلث بطل العتق فى الزائد ، وما قابله من المهر ، أن خرجت هى من الثلث دون مهرها المسمّى ، بطل المسمّى خاصة ، وصح العتق والنكاح ، ووجب لها مهر المثل بالدخول وان زاد على المسمّى لأنه كالارش .

وحينئذ فالمسألة دورية أيضاً ، لأن معرفة ما انعتق منها إنما يكون اذا عرف مقدار ما يبقى من التركة بعد ما تستحقه من المهر ، وبالعكس فنقول : عتق منها شيء ، ولها من مهر المثل شيء ، وللورثة شيئان ضعف ما عتق منها ، فيكون ذلك بتقدير أربعة أشياء مع فرض بقاء ذلك من التركة ، بأن يكون قد خلف مثلها معها فالشيء حينئذ نصفها .

ومن ذلك يعرف الوجه فى المسألة ﴿ السادسة : ﴾ وهى ﴿ لو أعتق أمة وقيمتها ثلث تركته ، ثمّ أصدقها الثلث الآخر ﴾ مثلا ﴿ ودخلَ ثم مات فـ ﴾ انه لا اشكال فى أن ﴿ النكاح صحيح و ﴾ فى أنه يـ ﴿ بطل المسمى ﴾ مع عدم اجازة الوارث

على المختار ﴿ لأنه زائد على الثلث ﴾ ، ولأنه لو صح لزم الدور لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق ، المتوقف على بطلان المهر ، لقصور الثلث عن قيمتها مع صحّته ، وهذا هو الدور المحال ، لا الدور الجائز فى نظائر المسألة ، ضرورة أنه على ما عرفت مما يستلزم ثبوته نفيه ، وهو محال ، ومن هنا لم يعرف مخالف فى المسألة ، وإن حكى عن التذكرة أنه حكى قولا لم يعين قائله أن المعتقة تتخيّر ، فان عفت عن مهرها عتقت وصحّ النكاح ، وإن لم تعف كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها ، ﴿ و ﴾ فى جامع المقاصد أنه لا بعد فيه ، لكن لا ريب أن الاقوى ما سمعت وكيف كان فهى ﴿ ترثه ﴾ بل ﴿ وفى ثبوت مهرالمثل ﴾ لها ﴿ تردد ﴾ من استلزام ثبوته الدور المزبور ، ومن جريانه مجرى أرش الجناية التى هى من الأصل ، ومع منع اقتضائه الدور باعتبار عدم ترتبه على صحة النكاح ، بل على مجرَّد الوطىء ، والطريق حينئذٍ الى تحصيل مقدار العتق ونصيبها من مهر المثل أن يقال : إنه إما أن يساوى قيمتها أو ينقص عنها أو يزيد : ففى الأول يقال : عتق منها بشىء ، ولها من مهر المثل شىء ، وللورثة شيئان فى مقابلة ما عتق منها لا فى مقابلة المهر الذى هو من الأصل ، فالتركة اذاً فى تقدير أربعة أشياء ، فلو فرض قيمتها مائة ومهر المثل مائة ، وبقى من التركة — غير رقبتها — مائتان ، فالشىء خمسة وسبعون فيعتق منها ثلاثة أرباعها ، ولها ثلاثة أرباع مهر المثل ، وللورثة مائة وخمسون ضعف ما عتق منها ، ولو فرض زيادة قيمتها عن مهرالمثل ، بأن كان بقدر نصف قيمتها وهى مستوعبة للتركة فالدور أيضا لازم بسبب الدخول بها ، لاستحقاقها به من مهر المثل قدر ما أعتق منها ، ونفوذ العتق فى ثلث الباقى منها وبنقصانه يزيد فيقال : عتق منها شىء ولها من مهر المثل نصف شىء ، وللورثة شيئان فى مقابلة ما عتق منها مرّتين ، فالتركة فى تقدير ثلاثة أشياء ونصف فاذا بسطت من جنس الكسر تكون سبعة ، لها منها ثلاثة ، اثنان من نفسها بالعتق ، وواحد بالمهر ، وللورثة أربعة فينعتق مقدار سبعي التركة من الجارية ، ولها من مهر المثل سبع آخر وللورثة فى مقابلة ما انعتق منها اربعة أسباع ، فيحرّر ثلاثة أسباعها ، لأن ما استحقته من نفسها مهرا يجب انعتاقه أيضا .

بل فى القواعد أنه لو أراد الورثة أن يدفعوا حصتها من مهرها وهو سبعها ، وينعتق منها سبعاها ، ويسترقّوا خمسة أسباعها فليس لهم ذلك ، وإن كان هو خلاف المحكىّ عنه فى

الفهرس العام للمجلد (٢٨) من جواهر الكلام

كتاب الوقوف والصدقات

كتاب السكنى واختيها والحبس

كتـاب الهبـات

كتـاب السبق والرماية

كتـــاب الوصايا